

**ACTUALIZACIÓN DE LA OBRA
DE SANTIAGO MIR PUIG
DERECHO PENAL, PARTE GENERAL,
8.^a EDICIÓN, 2008,
A LA L.O. 5/2010, DE MODIFICACIÓN
DEL CÓDIGO PENAL, QUE ENTRA
EN VIGOR EL 23-12-2010**

A cargo de

Víctor Gómez Martín
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

EDITORIAL
REPPERTOR, S. L.

**ACTUALIZACIÓN DE LA OBRA
DE SANTIAGO MIR PUIG
DERECHO PENAL, PARTE GENERAL,
8.^a EDICIÓN, 2008,
A LA L.O. 5/2010, DE MODIFICACIÓN
DEL CÓDIGO PENAL, QUE ENTRA
EN VIGOR EL 23-12-2010**

A cargo de

Víctor Gómez Martín
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

REPERTOR, S. L.
Passeig de Gràcia, 44, 5.º C
08007 Barcelona

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 y siguientes del Código Penal vigente, podrán ser castigados con penas de prisión y multa quienes sin la preceptiva autorización de su autor o editor reprodujesen o plagiasen, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte.

© Víctor Gómez Martín

REPERTOR, S. L.
Passeig de Gràcia, 44, 5.º C
08007 Barcelona

I.S.B.N.: 978-99-74578-36-4
Depósito legal: M. 52.054-2010

Fotocomposición e impresión: Anzos, S. L.

I. ACTUALIZACIÓN DE LA LECCIÓN 7 (SUSTITUYE PP. 195-201, N.º MARGINAL 53-77): EL NUEVO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (ART. 31 BIS CP)

1. BREVES CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES Y DOGMÁTICAS

1. Con la LO 5/2010 se establece, por primera vez en nuestra historia legislativa, la **responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Queda derogado para el Derecho español, de este modo, el principio *Societas delinquere non potest*. También el **art. 31.2 CP**, introducido por la LO 15/2003¹. El nuevo modelo constituye la traslación al ordenamiento jurídico español de la llamada *Third Party Strategy* (implicación político-criminal de la empresa en la evitación de la comisión de conductas delictivas que puedan favorecerle), presente en **numerosos instrumentos jurídicos internacionales** (Convenios, Decisiones Marco, etc.) en relación con determinados ámbitos². No

¹ De acuerdo con este precepto, «[e]n estos supuestos (scil. los previstos en el art. 31.1 CP), 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».

² Baste destacar, a modo ejemplificativo, Con. europeo 4-11-98, para la protección del medioambiente a través del Derecho penal; DDMM 2005/667/JAI 12-7-05, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques; 2005/222/JAI 24-2-05, relativa a los ataques contra los sistemas de información; 2004/757/JAI 25-10-04, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas; 2004/68/JAI 22-12-03, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil; 2003/568/JAI 22-7-03, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; 2002/475/JAI 13-6-02, sobre lucha contra el terrorismo; Dir. 2005/60/CE 26-10-05, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo; y Acción Común 98/733/JAI 21-12-98, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea. Aluden a tales instrumentos CUADRADO RUIZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. un paso ha-

obstante, estos instrumentos comunitarios no obligan a una respuesta específicamente penal a la intervención de personas jurídicas en los ámbitos delictivos más preocupantes (corrupción en el sector privado y en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, etc.). Pese a ello, las recomendaciones sancionadoras no sólo se han ido endureciendo, sino que, además, han surtido un efecto penalizador en un significativo número de **países europeos** hasta hace poco ajenos a la tradicional responsabilidad penal de las personas jurídicas propia de los derechos de corte anglosajón (Gran Bretaña, Irlanda)³.

2. No obstante, desde un punto de vista político-criminal, la decisión adoptada por la LO 5/2010 es **altamente problemática**. Por una parte, un importante sector de la doctrina considera que el castigo penal de las personas jurídicas se opone, como mínimo, a dos principios fundamentales del Derecho penal de un Estado democrático: el **principio de culpabilidad** y una de sus más destacadas manifestaciones, el **principio de personalidad de las penas**. En cuanto al primer principio, se afirma, con razón, que nadie distinto a una persona física puede ser sujeto adecuado del juicio de reproche ético-social que representa la pena. Por lo que se refiere a lo segundo, carece de toda lógica aplicar una pena privativa de libertad o privativa de otros derechos a una clase de sujetos —como las personas jurídicas— respecto de la que la pena va a resultar, por definición, sencillamente inejecutable⁴. Todo

cia adelante... ¿un paso hacia atrás?», Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 12 (2007), pp. 125 s., nota 9; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad de personas jurídicas», en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/114. Sobre todo ello, y ya en relación con la reforma operada por la LO 5/2010, vid., además, MORALES PRATS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 45 ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en QUINTERO OLIVARES, CARBONELL MATEU, MORALES PRATS, GARCÍA RIVAS y ÁLVAREZ GARCÍA (Difs.), *Esquemas de Teoría Jurídica del delito y de la pena*, 3.ª ed., 2010, pp. 285 ss.

³ Tal es el caso, por ejemplo, de Finlandia, Suecia, Noruega, Islandia, Alemania, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Austria, Luxemburgo, Francia, Italia, Portugal, Letonia, Lituania, Estonia, Holanda, Suiza, Turquía y Croacia. Vid. CUADRADO RUIZ, RJCL, 12 (2007), p. 127.

⁴ Sobre la incorrección dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 8.ª ed., 2008, 7/53 ss.; GÓMEZ MARTÍN, «¿Es personal la pena que se impone a una sociedad?» (<http://www.legatoday.com/opinion/blogs/blog-gf/es->

ello no es obstáculo para que la peligrosidad que entrañan algunas personas jurídicas pueda explicar que sobre ellas recaigan medidas de seguridad o consecuencias accesorias. Del mismo modo, puesto que no cabe dudar que una persona jurídica puede causar a terceros daños susceptibles de ser evaluados y reparados económicamente, también debe afirmarse la conveniencia de que quepa determinar reglas de responsabilidad civil derivada de delito que obliguen a la persona jurídica a reparar el daño causado. La responsabilidad penal de personas jurídicas puede generar, además, **elevados riesgos jurídicos para los intereses de las empresas**. Uno de ellos es el importante **coste reputacional** que una imputación penal puede representar para la sociedad. Por ejemplo, cuando se trate de una **sociedad que emita valores en el mercado norteamericano**, la legislación estadounidense exige a la empresa, cada vez que realice un proyecto de emisión de valores, la declaración expresa de que no se trata de una sociedad imputada en un procedimiento penal.

2. RASGOS FUNDAMENTALES DEL NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

1. La LO 5/2010 establece un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica de *numerus clausus*, circunscrito, por tanto, a un **catálogo cerrado de delitos** legalmente previsto⁵. En otros delitos, no cabe declarar

persona-la-pena-que-se-impone-a-una-sociedad). En contra, defendiendo la constitucionalidad del principio *societas delinquere potest* DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/112; EL MISMO, «Pero, ¿es que nadie va a pensar en los socios?» (<http://www.legaltoday.com/opinion/blogs/blog-gf/pero-es-que-nadie-va-a-pensar-en-los-socios>).

⁵ El catálogo está formado, concretamente, por los siguientes delitos: tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis), trata de seres humanos (art. 177 bis), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis), delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197), estafa (art. 251 bis), insolvencias punibles (art. 261 bis), daños informáticos (art. 264), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 288.1), delito de blanqueo de capitales (art. 302), delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310 bis), delitos urbanísticos (art. 319), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis), delitos contra el Medio Ambiente (art. 327 y 328), delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343), delitos de riesgo provocados por explosivos (art. 348), delitos contra la salud pública (tráfico de drogas) (art. 369 bis), delitos de falsedad en medio de pago (art. 399 bis), delito de cohecho (art. 427), delito de tráfico de influencias (art. 430) y delito de soborno a fun-

responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero sí se prevé la **facultad** de que el Juez adopte alguna de las medidas del **art. 129 CP**⁶. Según la doctrina, en estos casos los presupuestos de aplicación de este precepto para tales casos deben ser los previstos en el art. 31 bis CP⁷.

2. Según el modelo previsto por la LO 5/2010, la responsabilidad de la persona jurídica no sustituye a la de la correspondiente persona física, sino que **se acumula** a ésta⁸. En apariencia, la reforma consagra un modelo de **heteroresponsabilidad** de la sociedad, esto es, de responsabilidad de la empresa por el delito cometido por la persona física que actúe en su nombre o representación. En favor de esta tesis juega el hecho de que en las dos vías de imputación de responsabilidad penal a la sociedad previstas por la LO 5/2010, un presupuesto ineludible de dicha responsabilidad es que el delito haya sido cometido, en todo caso, **por una persona física** vinculada a la persona jurídica, y, además, **en provecho de la sociedad**. No obstante, un sector doctrinal entiende que existen indicios para concluir que el legislador habría previsto un sistema de **autorresponsabilidad**, o de culpabilidad de la empresa por los propios actos. Uno de ellos consistiría en que la responsabilidad penal de las personas jurídicas también será exigible aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 bis 2 CP). Otro, en la incomu-

cionario extranjero (art. 445), organizaciones o grupos criminales (art. 570 quater) y financiación del terrorismo (art. 576 bis). En el listado existen importantes ausencias. Así, p. ej., en el delito ecológico, la responsabilidad penal de la empresa se halla prevista únicamente cuando se trata de la modalidad dolosa, pero no cuando el delito se comete por imprudencia. En el delito de cohecho la empresa sólo responderá penalmente por el cohecho activo, no por el pasivo, debido al contenido del art. 31 bis 5. Vid., a este respecto, DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/200.

⁶ En concreto, en los de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262 CP), obstrucción a la actividad inspectora o supervisora (art. 294 CP), delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318 CP), delitos alimentarios farmacéuticos (art. 366 CP) y falsedad de moneda (art. 386 CP).

⁷ De esta opinión DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/206.

⁸ No cabe extraer la conclusión contraria del hecho de que en la LO 5/2010 se haya eliminado, finalmente, la frase «la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas», presente en el Anteproyecto 2009.

nicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad de la persona física que comete el delito (art. 31 bis 3 CP)⁹.

3. El precepto no define la expresión «*persona jurídica*». Tampoco lo hace ningún otro precepto del CP, sin que resulte aplicable, a tales efectos, el concepto de «*sociedad*» recogido en el art. 297 CP para los delitos societarios. Será de aplicación, a tales efectos, el **concepto extrapenal** de persona jurídica. Un presupuesto de dicho concepto es la existencia de **personalidad jurídica**. Cuando se trate de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis CP, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7 CP. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita (art. 129.1 CP).

4. Quedan **excluidas (art. 31 bis 5 CP, párr. I CP)**: a) las entidades de Derecho público y asimilados; b) entidades mercantiles estatales (cámaras de comercio, colegios profesionales, etc.) y ejercientes privados de funciones públicas; y c) agentes políticos y sindicales. El fundamento de la exclusión debe verse en la **relevancia constitucional de la función** que prestan tales entidades. En el caso de las entidades de Derecho público y asimilados, y las entidades mercantiles estatales y ejercientes privados de funciones públicas, la exclusión también se debe a que la imposición de una pena de multa a dichas entidades incidiría negativamente en su capacidad para la correcta prestación de las funciones públicas que tienen encomendadas¹⁰. El **párr. II** establece una excepción a la exclusión prevista en el párr. I. Se trata de los supuestos de **sociedades pantalla**, esto es, de formas jurídicas creadas por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir

⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/190.

¹⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/134 ss.

una eventual responsabilidad penal. El precepto exige que se trate de sociedades constituidas *ad hoc* para la consecución de tal objetivo. De este modo, un sindicato o un partido político constituidos legalmente, pero que acabe convirtiéndose en una organización criminal, quedará exento de responsabilidad penal¹¹.

3. VÍAS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA

3.1. Planteamiento

Como ya se ha adelantado, para la imputación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por un **sistema de doble vía**. Por una parte, la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas (**art. 31 bis 1 CP, párr. I CP**). Por otra, la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados (**art. 31 bis 1 CP, párr. II**).

3.2. Primera vía de imputación (art. 31 bis 1, párr. I CP)

1. La primera vía de imputación consiste en la responsabilidad de la persona jurídica por *«los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho»* (art. 31 bis 1, inciso 1.º CP). Debe tratarse, como es lógico, de uno de los delitos para los que está expresamente prevista en la Parte Especial del Código penal la responsabilidad penal de la persona jurídica. La expresión *«delitos cometidos»* es lo suficientemente amplia como para comprender, por una parte, el delito consumado y el intentado, y, por otra, los tipos de autoría y los de participación.

¹¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/140.

2. Literalmente, el precepto prevé un supuesto de **responsabilidad objetiva** por la actuación de otro. Nótese, a este respecto, que quien debe cometer el delito no es la sociedad, sino «*sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho*». No obstante, un sector de la doctrina entiende que tal insatisfactoria consecuencia puede evitarse interpretando **restrictivamente** el precepto, de modo que la responsabilidad penal de la persona jurídica sólo sea posible cuando el delito pueda ser imputado a un **defecto de organización** de la sociedad esto es, a una **omisión del cuidado debido en la evitación de la comisión de delitos** en su seno. Ello sucederá cuando la sociedad no haya implementado mecanismos idóneos de prevención de los delitos que puedan cometer los representantes legales o administradores de la misma en su nombre o representación. Lo contrario enfrentaría irremediablemente el precepto —siempre según este sector doctrinal— con el principio de dolo o culpa (arts. 5 y 10 CP) y al principio de responsabilidad personal como manifestaciones del principio de culpabilidad¹².

3. Uno de los aspectos del precepto que mayores variaciones ha sufrido durante su tramitación ha sido, precisamente, el relativo al **grado de vinculación que debe ostentar la persona física que comete el delito con la persona jurídica**¹³. De acuerdo con la versión finalmente acogida por la LO 5/2010, el delito debe ser cometido por un **representante legal** de la sociedad o por alguno de sus **administradores de derecho o de hecho** que actúen «*en nombre o por cuenta de las mismas*» y «*en su provecho*».

4. Es «*representante legal*» de la persona jurídica quien ejerce la representación de la misma en relación con todos los actos comprendidos en su

¹² DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/162.

¹³ De acuerdo con el Anteproyecto 2008, la persona jurídica respondía únicamente cuando el delito era cometido por «las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad». Tal fórmula dio paso a otra más laxa, según la cual bastaba con que el comportamiento delictivo se realizase «en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales, los administradores de hecho o de derecho o los empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica» (Proyecto 2009). Esta última fórmula recibió severas críticas en la discusión pre-legislativa por su excesiva amplitud, ya que en aplicación de la misma podría provocar la responsabilidad penal de la empresa la conducta realizada por un mero apoderado de la empresa.

objeto social (arts. 128 y 129 LSA y arts. 233 y 234 RDLeg. 1/10). Por «**administrador de derecho**» debe entenderse aquel sujeto que realice funciones de administración en una sociedad en virtud de un título jurídicamente válido. Si se trata de una Sociedad Anónima, es preciso que el sujeto haya sido nombrado a tal efecto por la Junta General (art. 123 LSA). En general, será administrador de derecho todo sujeto que pertenezca al órgano de administración de la Sociedad inscrita en el Registro Mercantil. Administrador de derecho puede serlo tanto una persona física como una persona jurídica, en cuyo caso volverá a presentarse el supuesto de hecho que resuelve el art. 31 CP. En cuanto a los «**administradores de hecho**», la doctrina mercantilista considera que son, en cambio, todos los demás sujetos que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado. La doctrina penal entiende por administrador de hecho a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales. Esto es, «*quien de hecho manda o gobierna desde la sombra*»¹⁴. En el caso del art. 31 bis 1 CP, para que responda la persona jurídica el delito debe provenir de una **decisión controlable por los órganos de gobierno de la sociedad**¹⁵.

5. El representante legal de la sociedad o sus administradores deben actuar «**en nombre o por cuenta de las mismas**» y «**en su provecho**». La primera exigencia excluye la responsabilidad de la sociedad cuando su representante legal o administrador no cometa el delito en tal condición, esto es, lo haga actuando al margen de su función de representación o administración de la sociedad, aunque la comisión del delito favorezca económicamente a la persona jurídica. El segundo requisito (el relativo a la actuación en provecho de la sociedad) exime de responsabilidad a la persona jurídica cuando el representante legal o administrador actúa exclusivamente en beneficio propio, o, incluso, perjudicando a la sociedad. En tal caso, esta última podrá perseguir el hecho como acusación particular. Puesto que el precepto no concreta

¹⁴ STS 816/06, 26-7, FJ 2.

¹⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/176 ss.

al respecto, nada impide entender que no es preciso que el «provecho» sea de naturaleza económica. El provecho puede ser **directo** (beneficio empresarial) o **indirecto** (ahorro de costes)¹⁶.

3.3. Segunda vía de imputación (art. 31 bis 1, párr. II CP)

1. La segunda vía de imputación consiste en la responsabilidad de la sociedad por delitos cometidos por empleados **sometidos a la autoridad** de los representantes legales o administradores de la persona jurídica. La responsabilidad de la sociedad resulta de la circunstancia de que el delito debe haberse cometido como consecuencia de que sobre su autor, esto es, el empleado, no se haya «*ejercido el debido control*». Del mismo modo que sucede en el art. 31 bis 1, inciso 1.º CP, el delito cometido debe ser uno de aquéllos para los que está expresamente prevista en la Parte Especial del Código penal responsabilidad penal para la persona jurídica. El delito debe ser cometido por un sujeto que opere **en el ámbito de dirección** de los representantes legales o los administradores. No es necesario que se encuentre formalmente vinculado a la empresa a través de un contrato laboral o mercantil. No existe inconveniente, por tanto, en que se trate de un autónomo, o un trabajador subcontratado, siempre que se halle integrado en el ámbito de dominio social. El trabajador debe actuar «*por cuenta y en provecho*» de la sociedad¹⁷.

2. El supuesto previsto en el **art. 31 bis 1, inciso 2.º CP** es un caso de responsabilidad de la persona jurídica por **omisión del deber de vigilancia**. En pura hipótesis, tal omisión podría producirse dolosa o imprudentemente (*culpa in vigilando*). No obstante, la **responsabilidad imprudente** de la sociedad resulta problemática. Por una parte, debe advertirse que el Código penal prevé un sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia (art. 12 CP) y que ni en el **art. 31 bis 1, inciso 2.º CP** ni en los correspondientes preceptos de la Parte Especial se hace referencia expresa a que la per-

¹⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/174.

¹⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/174.

sona jurídica pueda responder por la comisión de delitos imprudentes. Por otra, tanto en el art. 31 bis como en los respectivos artículos de la Parte Especial el **marco penal** es **único**, con lo que si la sociedad pudiese responder por comportamientos tanto dolosos como imprudentes se produciría una evidente **vulneración del principio de proporcionalidad**. Además, el precepto tampoco distingue entre imprudencia leve y grave. Ante todo ello caben dos alternativas interpretativas. La primera es excluir del precepto los supuestos de responsabilidad imprudente. La segunda consiste en admitirlos, pero únicamente cuando se trate de **imprudencia grave**¹⁸.

3. Resulta cuestionable, en este contexto, si puede llegar a eximir de responsabilidad penal a la empresa el hecho de que la sociedad disponga de un **programa de prevención de delitos**. El art. 31 bis 1, inciso 2.º CP obliga a analizar la cuestión «*atendidas las concretas circunstancias del caso*». Es preciso preguntarse, de este modo, si la sociedad había adoptado medidas idóneas para prevenir la comisión de delitos como el que efectivamente se ha producido en el caso concreto. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos (por ejemplo, el italiano), el legislador español no se pronuncia expresamente sobre el particular. A fin de que la existencia del programa sirva para eximir de responsabilidad penal a la empresa debe tratarse, en primer lugar, de un programa que tenga por objeto evitar aquéllos delitos para los que el Código penal prevé la responsabilidad penal de la sociedad (por ejemplo, no un programa antifraude que persiga evitar desfalcos en perjuicio de la empresa). Además, debe acreditarse como **objetivamente idóneo** para evitar delitos de la misma naturaleza del ocurrido, aunque en el caso concreto haya sido burlado como consecuencia de la incorrecta ejecución del plan por parte de un cuadro intermedio, o de cualquier trabajador de la empresa. Por último, debe ser diseñado, y su cumplimiento supervisado, por un órgano de control (al estilo del *Organismo di Vigilanza* del derecho italiano) coordinado por agentes suficientemente **autónomos e independientes** (como el *Compliance Officer* anglosajón)¹⁹.

¹⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/180.

¹⁹ NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, *passim*; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/166 y 178.

4. Ello no obstante, debe advertirse que cuando el precepto se refiere al no ejercicio sobre los empleados del debido control parece aludir, en realidad, no a la sociedad misma, sino a las personas a las que se encuentran sometidos los empleados que habrían cometido el delito, esto es, a los representantes legales y a los administradores de derecho o de hecho. Según un sector de la doctrina, en la pequeña empresa la falta de control debido de la empresa puede confundirse fácilmente con la imprudencia de los administradores. Esta circunstancia podría generar una situación de *bis in idem*. Debido a ello, este sector doctrinal se muestra partidario *de lege ferenda* de un sistema de responsabilidad exclusivamente de la **mediana y gran empresa**²⁰.

4. AUTONOMÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL AUTOR DEL DELITO (ART. 31 BIS 2 Y 3 CP)

1. El **art. 31 bis 2, inciso 1.º CP** desvincula la responsabilidad penal de la persona jurídica de la propia de la persona física que comete el delito. Siempre que concurren los presupuestos previstos en el art. 31 bis 1 CP, la sociedad responderá aunque la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Un sector de la doctrina interpreta esta circunstancia como un indicador de que el legislador podría haber optado por un modelo de **autorresponsabilidad** de la empresa²¹. No obstante, el **inciso 2.º** del precepto vuelve a vincular la responsabilidad de la persona jurídica con la de la física al establecer una regla de **compensación** de la responsabilidad de la sociedad con la del autor del delito. La regla, que únicamente resultará aplicable cuando la pena impuesta sea de **multa**, persigue evitar situaciones de *bis in idem* en casos de pequeñas empresas en las que el capital de la persona jurídica y el de la persona física del administrador coinciden sustancialmente.

²⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/196.

²¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/190.

2. Por su parte, el **art. 31 bis 3 CP** abunda en la idea de que la responsabilidad penal de la sociedad no es accesoria de la de la persona física autora del delito. El precepto declara que las circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad no resultan comunicables a la persona jurídica. El precepto se refiere tanto a las circunstancias objetivas como a las personales. La alusión a las «*circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado*» resulta equívoca. En sentido estricto, únicamente las circunstancias previstas en los arts. 20.1.º y 2.º CP afectan a la normalidad motivacional del reo. De acuerdo con esta comprensión del concepto, todas aquellas atenuantes que no incidan en la imputación personal (como, p. ej., las previstas en los arts. 20.3.º a 20.6.º CP, incluida la nueva atenuante de dilaciones indebidas) serían comunicables a la persona jurídica. Además, una interpretación *contrario sensu* del art. 31.3 CP conduciría a entender que en un supuesto hipotéticamente imaginable de comportamiento justificado de la persona física representante de la empresa ésta no respondería con pena. De tal circunstancia podría desprenderse la conclusión de que la LO 5/2010 podría haber optado —del mismo modo que sucede con los intervinientes personas físicas que se encuentran en una relación de autoría-participación— por un **modelo de accesoriadad limitada** de la persona jurídica con respecto a la persona física que actúe en su nombre o representación.

3. No obstante, debe concluirse que el legislador ha empleado el término «*culpabilidad*» en un sentido más amplio, tal y como sucede, por ejemplo, en el art. 65.3 CP. No en vano, el **art. 31 bis 4 CP** establece que **sólo** podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, alguna de las actividades previstas en dicho precepto. Tal eventualidad es considerada por el art. 31 bis 3 CP, mediante la cláusula «*sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente*». Además, el art. 31 bis 3 CP establece que la responsabilidad de la sociedad no se excluye por el **fallecimiento del autor** del delito, o por el hecho de **haberse sustraído de la acción de la Justicia**. La referencia a la causa de exclusión de la responsabilidad criminal prevista en el art. 130.1.º CP permite deducir, *contrario sensu*, que la concurrencia en el autor de otras causas (indulto, prescripción del delito o de la pena) sí excluirá la responsabilidad pe-

nal de las personas jurídicas. La alusión a la **sustracción a la acción de la justicia** del autor del delito es redundante, ya que cuando tal sustracción se produzca no será posible dirigir el procedimiento contra el reo, tal y como dispone el art. 31 bis 2 CP.

5. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES (ART. 31 BIS 4 CP)

1. En el art. 31 bis 4 CP se recoge un **catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**. La enumeración es **cerrada** (*«sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas»*). Resulta cuestionable si cabe aplicar analógicamente *in bonam partem* otras circunstancias atenuantes. La finalidad político-criminal de todas las atenuantes previstas en el art. 31 bis 4 CP es esencialmente **promocional**: se trata de implicar a la sociedad en la **averiguación de los hechos** delictivos cometidos en su seno, la **reparación del daño** producido por el mismo y la **evitación de hechos futuros** de naturaleza similar a los ocurridos, ofreciéndole a cambio una atenuación de la pena. Para conseguirla, la sociedad deberá realizar determinadas actividades **con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales**. Esta última exigencia resulta innecesaria en relación con prácticamente todas las actividades previstas en el precepto. Carece de sentido, por ejemplo, exigir que quien aporte pruebas decisivas para el esclarecimiento de los hechos y la reparación del daño causado a la víctima sea **personalmente** el legal representante de la sociedad²².

2. Las atenuantes previstas en las **letras a) y c)** consisten en la **traslación literal** a las personas jurídicas de las atenuantes previstas para las personas físicas en los **arts. 21.4.^a y 5.^a CP**. Esta circunstancia suscita la duda de quién debe ser la persona encargada de confesar la infracción a las autoridades (letra a) o reparar el daño (letra c). Literalmente, el precepto exige que la sociedad realice la confesión o repare el daño *«a través de sus repre-*

²² DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/284.

sentantes legales». Esta circunstancia excluye la aplicación del precepto en supuestos en los que la actividad requerida sea realizada por trabajadores (en el caso de confesión, la misma devendrá, en realidad, una denuncia a la sociedad) o, incluso, por los administradores. No obstante, parece claro que el hecho de que la confesión o la reparación deban realizarse *«a través»* de la representación legal de la sociedad no significa que haya de ser necesariamente el representante quien la lleve a cabo **en persona**²³.

3. Las atenuantes previstas en las **letras b) y d)** son específicas para personas jurídicas. En el caso de la atenuante prevista en la **letra b)**, resulta dudoso qué debe entenderse por **pruebas «nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos»**. Puede suceder, p. ej., que las pruebas aportadas sean **nuevas pero no decisivas**, porque el valor probatorio de las aportadas por alguna parte procesal ya resulte suficiente para el esclarecimiento de los hechos investigados. También puede ocurrir lo contrario: que las pruebas sean **decisivas pero no nuevas**, por haber aportado la sociedad pruebas ya aportadas a la causa con anterioridad por algún coacusado o alguna parte acusadora. La aportación del material probatorio puede realizarse *«en cualquier momento del proceso»*. Tal circunstancia puede conducir al siguiente inconveniente. Normalmente, la confesión de la infracción por parte de la sociedad a través de su representante será un medio probatorio «nuevo y decisivo», por lo que en los casos de confesión se producirá un **solapamiento de las atenuantes previstas en las letras a) y b)**. Teniendo en cuenta que para que la confesión pueda desplegar efecto atenuante debe ser realizada *«antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella»*, la atenuante de la letra b) dejará vacía de contenido a la prevista en la letra a)²⁴.

4. Por lo que hace a la atenuante recogida en la **letra d)**, cuando la Ley se refiere al establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la co-

²³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/286 y 288.

²⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/290 ss.

bertura de la persona jurídica, parece estar aludiendo a la implementación de **programas de prevención penal**²⁵. El programa debe implementarse después de la comisión del hecho delictivo, y, en todo caso, **antes del comienzo del juicio oral**. En tal caso, además de para la aplicación de la atenuante, la existencia del programa servirá para acreditar la ausencia de peligrosidad de reiteración delictiva de la sociedad, a los efectos de evitar la imposición de una pena interdictiva [art. 33.7 b) a g)] o de medida cautelar (art. 33.7 *in fine*). En el caso de que en el momento en que tiene lugar el hecho delictivo la sociedad ya tuviera en marcha tal programa, la persona jurídica podría quedar exenta de responsabilidad, por acreditar el cumplimiento del «*debido control*» referido por el art. 31 bis 1, párr. II CP²⁶.

II. ACTUALIZACIÓN DE LA LECCIÓN 25, P. 619: LA NUEVA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS (ART. 21.6.^a CP)

1. La LO 5/2010 incorpora al CP la **atenuante de dilaciones indebidas**. La nueva atenuante se halla en el **art. 21.6.^a CP**, pasando la analógica al n.º 7.^a del precepto. La circunstancia no estaba prevista ni en el Anteproyecto 2009, ni tampoco en el Proyecto de reforma CP aprobado en el Congreso de los Diputados²⁷. Con el nuevo n.º 6, el legislador cierra el paso a **otras posibles vías de reparación** de la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas propuestas hasta ahora por doctrina y jurisprudencia²⁸. Tal es el caso, por ejemplo, de la declaración de nulidad de actuaciones en casos de dilaciones graves²⁹ o el indulto³⁰.

²⁵ Sobre el contenido y presupuestos metodológicos de tales programas, *vid. supra* 3.3.

²⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/294 ss.

²⁷ Fue introducida por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados en su sesión de 23 de abril de 2010. Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, A, 21-4-2010, n.º 52-11 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-11.PDF).

²⁸ ALCÁ CER GUIRAO, «Dilaciones indebidas», en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 28/7010. Sobre todo ello, y ya en relación con la reforma operada por la LO 5/2010, *vid.*, además, ÁLVAREZ GARCÍA, «La atenuante de dilaciones indebidas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 29 ss.

²⁹ En contra, sin embargo, STS 94/07, 14-2.

³⁰ *Vid.*, por ejemplo, Acuerdos del Pleno de Jurisdiccional TS 2-10-92 y 29-4-97.

2. La expresión «**dilación indebida**» se refiere a la duración del procedimiento judicial hasta su finalización por encima de lo razonable, o bien a la paralización del procedimiento a partir de determinado momento por causas atribuibles al órgano judicial o al sistema³¹. Cuando ello ocurre, se produce una vulneración del **derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE)**. Por tal debe entenderse aquel proceso que se desarrolla «*en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción*»³². El concepto de dilaciones indebidas debe ser concretado en cada caso. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los **elementos** que deben ser tenidos en consideración son los siguientes: **grado de complejidad de la causa**, márgenes de **duración de procedimientos de similares características**, **comportamiento procesal** de la parte que demanda el reconocimiento de dilaciones indebidas y **actuación del órgano judicial**³³.

3. La nueva circunstancia es la plasmación legal de una práctica jurisprudencial consolidada, que venía aplicando de forma unánime una **circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas**. Dicha jurisprudencia tuvo su origen en el **Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 21-5-99**. El Acuerdo modificó la doctrina sentada por los **Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 2-10-92 y 29-4-97**, admitiendo la aplicación del art. 9.10.^a ACP y art. 21.6.^a LO 10/1995 en casos de dilaciones indebidas no imputables al condenado, y que no dieran lugar a nulidad de actuaciones (art. 238.3 LOPJ). Según el Acuerdo de 21-5-99, la atenuación de la pena en estos casos tendría un **triple fundamento**: a) **Reparación judicial de la vulneración de un derecho fundamental**³⁴; b) **Compensación de la culpabilidad** del reo, por la pérdida ilegítima de derechos que para el mismo suponen las dilaciones indebidas³⁵; c) **Menor necesidad de pena** por el transcurso del tiempo³⁶. La

³¹ En este sentido, por ejemplo, SSTS 556/06, 31-5; 1074/04, 18-10; 948/02, 8-7.

³² SSTC 43/1985; 324/1994.

³³ Vid., por todas, STC 100/1996, 11-6.

³⁴ Se hicieron eco de este fundamento, entre otras, las SSTS 115/05, 31-1; 1506/04, 21-12; 1363/04, 29-11.

³⁵ STS 988/06, 10-10.

³⁶ STS 742/03, 22-5.

doctrina mayoritaria entendía, con razón que esta línea jurisprudencial era **contraria al principio de legalidad**, ya que en los casos de dilaciones indebidas no existía otra circunstancia respecto de la que pudiera predicarse la «*análoga significación*» exigida por la ley. El Tribunal Supremo partía, además, de un concepto de culpabilidad no coincidente con el previsto en el CP³⁷. La nueva atenuante viene a resolver este grave inconveniente.

4. Los cuatro elementos de la atenuante son: a) Dilación **extraordinaria**. b) Dilación indebida **en la tramitación del procedimiento**. c) **No atribuible al propio inculpado**. d) **Falta de proporción con la complejidad de la causa**³⁸. Los cuatro elementos vienen siendo exigidos expresamente por el Tribunal Constitucional para el concepto de dilación indebida constitucionalmente relevante³⁹.

a) Se producirá una dilación «*extraordinaria*» cuando se supere sobradamente la duración habitual de un procedimiento de similar naturaleza. En nada obsta lo anterior que se trate de dilaciones motivadas por **razones estructurales** (deficiencias organizativas de los Juzgados, inasumible volumen de trabajo, etc.)⁴⁰. En cualquier caso, quedan excluidas del concepto las dilaciones consistentes en el mero incumplimiento de los plazos procesales previstos para el dictado de resoluciones o actos de tramitación⁴¹.

b) La «*tramitación del procedimiento*» se inicia **cuando el reo adquiere la condición de imputado** y finaliza con la **resolución judicial firme que ponga fin a la vía penal**. Si se trata de una resolución dictada en segunda instancia y las dilaciones indebidas se producen en la tramitación del recurso,

³⁷ SSAP Barcelona 2.^a, 13-1-04, FJ 10; 24-7-07, FJ 2. En la doctrina, vid., por ejemplo, GÓMEZ MARTÍN, V., «Las dilaciones indebidas: ¿Una causa supralegal de disminución de la culpabilidad del reo?» (<http://www.legaltoday.com/opinion/blogs/blog-gf/las-dilaciones-indebidas-una-causa-supralegal-de-disminucion-de-la-culpabilidad-del-reo>).

³⁸ ALCÁZER GUIRAO, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 28/7025.

³⁹ Vid. SSTC 177/2004; 71/2002, FJ 7; 237/2001, FJ 2; 87/2001, FJ 7; 303/2000, FJ 3-5; 230/1999, FJ 2; 198/1999, FJ 3; 124/1999, FJ 2; 69/1993, FJ 2; 215/1992, FJ 2; 223/1988, FJ 3; 133/1988, FJ 1, entre otras.

⁴⁰ SSTS 94/07, 14-2; 742/03, 22-5.

⁴¹ STC 100/1996, 11-6.

la atenuante podrá ser acordada de oficio⁴². En caso contrario, el actor podría solicitar la **nulidad de actuaciones** (art. 241 LOPJ).

c) Es preciso, además, que la dilación indebida **«no sea atribuible al propio inculpado»**. Lo es, por ejemplo, cuando el inculpado se encuentra en rebeldía o deja de comparecer a llamamientos judiciales⁴³, no atiende requerimientos judiciales o se retrasa en la devolución de la causa original. Cuando las dilaciones sean en parte atribuibles al inculpado, pero también a terceros (órgano judicial, restantes partes procesales), el Juez deberá ponderar las causas concurrentes, y decidir cuáles prevalecen, en orden a determinar si aprecia o no la atenuante. Según la jurisprudencia mayoritaria, para que las dilaciones sean atribuidas al inculpado es preciso que hayan sido provocadas por él, no bastando, por tanto, el simple hecho de **no haber denunciado** ante el órgano judicial las provocadas por un tercero⁴⁴. En contra de lo que viene exigiendo un sector jurisprudencial⁴⁵, la redacción del art. 21.6.^a no impone que la dilación haya sido provocada por el órgano judicial. Se incluyen, por tanto, los casos de retraso extraordinario del procedimiento por la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad o por la actuación de otra parte procesal. Por último, la dilación extraordinaria no guardará **«proporción con la complejidad de la causa»** cuando, atendiendo a la mayor o menor dificultad de los actos procesales pendientes de dictarse, exista alguna paralización del procedimiento sin justificación procesal⁴⁶.

5. En cuanto a la **comunicabilidad de la atenuante**, su carácter objetivo la hace extensible a terceros coinculpados que no la hayan alegado, siempre que las dilaciones no le sean atribuibles⁴⁷.

⁴² STS 1078/09, 5-11.

⁴³ SSTS 1389/05, 14-11; 1045/05, 29-9.

⁴⁴ SSTS 480/09, 22-5; 94/07, 14-2; 1051/06, 30-10.

⁴⁵ SSTS 1336/05, 2-2.

⁴⁶ STC 100/1996, 11-6.

⁴⁷ STS 50/05, 28-1. En contra, sin embargo, STS 1336/05, 2-2.

III. ACTUALIZACIÓN DE LA LECCIÓN 26, P. 630: NOVEDADES EN LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE MOTIVOS RACISTAS O DISCRIMINATORIOS (ART. 22.4.ª CP)

La LO 5/2010 ha introducido **dos importantes modificaciones** en la agravante de motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4.ª CP). Por una parte, la reforma introduce la motivación discriminatoria **por identidad de género**, con el objeto de dar cobertura a los casos de discriminación de las personas transexuales (**transfobia**). Tales casos no resultaban subsumibles en el móvil discriminatorio por motivo de «*sexo u orientación sexual*»⁴⁸. Por otra, se sustituye el término «*minusvalía*» por «*discapacidad*», concepto de mayor tradición en Derecho comparado⁴⁹. La reforma, no obstante, no introduce otras modificaciones sugeridas por la doctrina⁵⁰.

⁴⁸ Esta modificación también fue sugerida por el Anteproyecto de Ley de Igualdad de Trato (Ministerio de Igualdad), Disposición Adicional. Uno.

⁴⁹ También esta modificación fue propuesta por el Anteproyecto de Ley de Igualdad de Trato (Ministerio de Igualdad), Disposición Adicional. Uno. Antes de la reforma el art. 22.4.ª CP se refería a discriminación por razón de la «*enfermedad o minusvalía que padezca*» la víctima. Según su primera acepción en el Diccionario de la RAE, por «enfermedad» debe entenderse «*alteración más o menos grave de la salud*». El significado del término era lo suficientemente amplio como para entender, de este modo, que la «*minusvalía*» no era más que una especie de la enfermedad, que constituye, de este modo, su género.

⁵⁰ Entre las mismas se encuentra, por ejemplo, la posible referencia entre los motivos discriminatorios a la edad y el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español. La primera causa de discriminación se encuentra contemplada en la normativa laboral y administrativa (ET y LISOS); la segunda, en el art. 314 CP, relativo a la discriminación en el trabajo. Un sector doctrinal también propone la referencia a «*motivos relativos a la situación socioeconómica de la víctima*», con el objeto de incluir los casos de aporofobia (odio al pobre), excluida del art. 22.4.ª CP por la jurisprudencia (STS 1160/06, 9-11, FJ 23), inaplicabilidad de agravante de móvil discriminatorio a supuesto de ataque a persona con trato peyorativo e inhumano por su condición de mendigo sin techo. Otro sector doctrinal sugiere que éstas y otras omisiones podrían evitarse de forma sencilla, sin convertir el art. 22.4.ª CP en un farragoso catálogo de motivos discriminatorios, utilizándose una cláusula de cierre. Por coordinación sistemática con el art. 14 CE, dicho sector aconseja el empleo de la cláusula de cierre «*o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*». La STS 1160/06, 9-11, FJ 23, parece avalar esta propuesta. No obstante, la misma resultaría difícilmente compatible con el principio de taxatividad del Derecho penal. Vid., a este respecto, Anteproyecto de Ley de Igualdad de Trato (Ministerio de Igualdad), Disposición Adicional. Uno. Sobre todo ello, Sobre todo ello, y ya en relación con la reforma operada por la LO 5/2010, vid., además, PORTILLA CONTRERAS, «*Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima*», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 37 ss.

IV. ACTUALIZACIÓN DE LA LECCIÓN 28

1. P. 670: CONVERSIÓN DE PENA DE PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD EN PENA GRAVE

Como consecuencia de la LO 5/2010, la **privación de la patria potestad** se convierte en **pena grave** (art. 33.2 j CP).

2. P. 671, N.º MARG. 45: MODIFICACIONES EN PENAS MENOS GRAVES (ART. 33.3 CP)

En cuanto a las **penas menos graves**, se añade a la referencia a la multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía (art. 33.3 j) CP), la referencia *«salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo»* (responsabilidad penal de las personas jurídicas), así como la localización permanente de tres meses y un día a seis meses [l] y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, cualquiera que sea su duración [m)]. Pasa a ser pena leve, por su parte, la localización permanente de un día a tres meses [art. 33.4 g) CP].

3. P. 671: PENAS PREVISTAS PARA LA PERSONA JURÍDICA (ART. 33.7 CP)

Por su parte, las penas previstas para la persona jurídica se contemplan **siempre como graves** (art. 33.7 CP). Tal circunstancia puede desplegar importantes consecuencias, por ejemplo, en materia de cancelación de antecedentes penales (art. 136.2.2.º CP). Las penas previstas son las siguientes:

a) Multa por cuotas o proporcional.

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa».

V. ACTUALIZACIÓN DE LA LECCIÓN 29

1. SUSTITUYE P. 688, N.º MARG. 18: NOVEDADES

EN LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE (ART. 37.1 CP)

1. Según el nuevo **art. 37.1 CP**, «la localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado. No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción, y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado». Varias son las modificaciones introducidas por la LO 5/2010 en el precepto⁵¹.

2. Por una parte, se amplía a **seis meses** el límite máximo de la pena, que antes de la reforma era escasamente de doce días. Con ello, la localización permanente de tres meses y un día a seis meses pasa a ser pena **grave** (art. 33.3 l) CP), y la de un día a tres meses pena **leve** (art. 33.4 g) CP).

3. En lo que se refiere al **lugar de cumplimiento**, el nuevo precepto dispone que el mismo podrá ser determinado **tanto en Sentencia como en Auto posterior**, debiendo ser ambos motivados. Además, la LO 5/2010 introduce la posibilidad de que, en determinados casos (singularmente de reiteración delictiva), la localización permanente se cumpla en **centro penitenciario**.

4. Para que esto último ocurra, es necesario «*que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable*». El único precepto en que ello ocurre es el **art. 623.1.º CP (comisión reiterada de faltas de hurto)**. De acuerdo

⁵¹ Sobre las mismas vid. TORRES ROSELL, «La pena de localización permanente y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 92 ss.

con el mismo, «[l]os que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros. En los casos de perpetración reiterada de esta falta, se impondrá en todo caso la pena de localización permanente. En este último supuesto, el Juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en **sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado**, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 37.1. Para apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas»⁵².

2. SUSTITUYE P. 688, N.º MARG. 23: NOVEDAD EN EL ABONO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL (ART. 58.1 CP)

El **nuevo art. 58.1 CP** dispone que «[e]l 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, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. *En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa*». La inclusión de esta última cláusula zanja definitivamente el debate sobre si el tiempo de prisión provisional podría ser abonado en dos causas distintas (aquella por la que cumple privación de libertad y otra por la que ya se encontraría privado de libertad cumpliendo condena)⁵³.

⁵² Cursiva añadida.

⁵³ A favor de la conformidad con la Constitución española del doble abono se había mostrado la STC 57/2008, 28-4. Crítica con esta resolución se mostró, en cambio, la STS 1391/09, 10-12. Sobre todo esto vid. BACH FABREGÓ / GIMENO JUBERO, «Clases y contenido de penas y ejecución de las penas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 87 ss.

3. SUSTITUYE P. 701, N.º MARG. 74: MODIFICACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN DE PENAS DE PRISIÓN NO SUPERIORES A UN AÑO POR MULTA O TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD (ART. 88.1 CP)

Junto a la posibilidad de sustituir penas de prisión no superiores a un año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, la LO 5/2010 introduce en el art. 88.1 CP también la de que pueda ser sustituida por **localización permanente**, siempre que se trate de **penas de prisión que no excedan de seis meses**. En este último caso, cada día de prisión equivaldrá a un día de localización permanente. En caso de que el sujeto hubiese sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión podrá ser sustituida no sólo por la de trabajos en beneficio de la comunidad (como hasta la LO 5/2010), sino también por «*localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima*».

4. SUSTITUYE P. 701, N.º MARG. 84-87: REFORMA DE LA SUSTITUCIÓN DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALMENTE EN ESPAÑA (ART. 89 CP)

1. De acuerdo con la redacción del **art. 89 CP** ex LO 5/2010:

«1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código».

2. A diferencia de lo que sucedía antes de la reforma, tras la LO 5/2010 cabe acordar la sustitución por expulsión de **cualquier pena privativa de libertad** (art. 89.5 CP). No obstante, con la reforma la expulsión **ya no resulta aplicable de forma automática, sino facultativa**. Como consecuencia de la reforma, ahora es necesaria la celebración de una **audiencia previa** en la que debe comprobarse si el penado tiene arraigo en España, en cuyo caso podrá

no procederse a su expulsión. En tal audiencia previa se oír al penado, al Ministerio Fiscal y las restantes partes personadas. Este requisito venía siendo exigido por la jurisprudencia antes de la reforma, en lo que el propio Tribunal Supremo llamó «*relectura constitucionalizada del precepto*»⁵⁴. No

⁵⁴ Vid., en este sentido, la emblemática STS 710/05, que declaró a este respecto lo siguiente: «(...) en la regulación actual no se menciona expresamente la necesidad de oír al penado con carácter previo a acordar la sustitución, lo que podría indicar la posibilidad de prescindir de la audiencia antes prevista expresamente. Los fines de la expulsión se explican por el legislador en la Exposición de Motivos de la refiriéndose a una mayor eficacia en la medida de expulsión que se alcanzaría de todas formas en vía administrativa, y en evitar que la pena y su cumplimiento se convirtieran en formas de permanencia en España quebrantando el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto. No puede entenderse, sin embargo, que la sustitución de la pena por la expulsión en estos casos tenga un carácter automático, solo alterado por la posibilidad de una excepción para determinados casos. (...). «[E]n la propia regulación de la expulsión en la redacción actual del precepto se incluyen elementos que requieren una acreditación y valoración previa. Así, en primer lugar, el hecho de que el acusado sea una persona que no reside legalmente en España, lo cual puede ser discutido, o puede estar en discusión en la vía correspondiente. Y en segundo lugar, la referencia que se hace a la naturaleza del delito como elemento que el Tribunal ha de tener en cuenta al adoptar su decisión sobre la sustitución. En este segundo aspecto, no puede interpretarse la mención a la naturaleza del delito como una referencia a la clase de infracción, pues si así fuera el legislador habría establecido una relación de los delitos en los que tal aspecto sería decisivo sin acudir a una cláusula como la vigente. Tampoco la interpretación del precepto permite entender que se ha pretendido excluir solamente los delitos mencionados en el apartado cuarto, pues en ese caso la previsión del apartado primero sería innecesaria. En consecuencia, no basta que el Juez o Tribunal atienda a la clase de delito cometido, sino que es preciso que examine algún elemento más que le permita valorar la conveniencia de acordar la expulsión o, excepcionalmente, de proceder al cumplimiento de la pena en España. Y éstos elementos no pueden ser otros que las circunstancias del hecho y del culpable, las cuales, por otra parte, deben ser tenidas en cuenta por imposición expresa de la Ley al individualizar la pena, en cuanto que ésta es la respuesta estatal a la comisión del delito que debe resultar proporcionada a la culpabilidad por el hecho concreto, sin que se aprecie la concurrencia de ninguna razón de peso para que tales aspectos no sean valorados si la pena es sustituida por una medida de seguridad (artículo 96 CP), que, como resulta del mismo Código Penal, no puede ser impuesta sino es previa la comisión de un delito». En este sentido, en la se afirmaba que «al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba —y así está en la actualidad— respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado «olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del , como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión». Siguieron los pasos de esta línea jurisprudencial, entre otras muchas resoluciones de la jurisprudencia menor, las SSAP Tarragona 2.ª, 470/09, 13-7; 29/09, 19-1; Barcelona 20.ª, 804/06, 11-10; 2.ª, 793/06, 19-9.

basta, por tanto, con que el reo sea oído en el momento en que presta su declaración en el Juicio Oral, ni tampoco cuando ejerza su derecho a la última palabra. Por «razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España» deben entenderse no sólo las objetivas relativas al delito, sino, muy particularmente, las personales y familiares del sujeto⁵⁵. La expulsión podrá acordarse en la misma Sentencia o en Auto posterior, exigiendo expresamente la reforma que ambos estén suficientemente «motivados». La referencia a la posibilidad de que la expulsión sea acordada mediante Auto «posterior» a la Sentencia condenatoria zanja el debate sobre si cabía o no tal posibilidad **en ejecución de sentencia**⁵⁶.

3. En cuanto al **plazo de la prohibición de regreso a territorio español**, con la 5/2010 el plazo único de diez años se sustituye por uno que puede ir **de los cinco a los diez** (art. 89.2 CP), dependiendo de la duración de la pena sustituida y de las circunstancias personales del sujeto. Entre estas últimas debe ser tenida en consideración, especialmente, su **arraigo**. De acuerdo con el art. 45 RD 2393/2004, éste deberá apreciarse cuando la permanencia del sujeto en España sea continuada, no existan antecedentes penales en España o en su país de origen, tenga un contrato de trabajo de cierta duración y, por último, resulte acreditada la existencia de vínculos familiares y domicilio conocido⁵⁷.

4. En caso de **quebrantamiento de la prohibición de regreso a España**, a diferencia de lo que sucedía en el texto anterior, que sólo contemplaba la devolución del sujeto por parte de la autoridad gubernativa, tras la reforma caben **dos supuestos** (art. 89.4 CP). Si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. Si el ex-

⁵⁵ VELÁZQUEZ VIOQUE, «Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España», en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 32/7806. Sobre todo ello, vid., además, CUGAT MAURI, «La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 99 ss.

⁵⁶ A favor de tal posibilidad se pronunció la Circ. FGE 2/2006. En contra, en cambio, la STC 145/06, 8-5.

⁵⁷ Lo recuerda VELÁZQUEZ VIOQUE en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 32/7823.

tranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, sin que se prevea mecanismo corrector de la pena o de compensación por el tiempo de sustitución efectivamente cumplido⁵⁸. En este caso, **desaparece la prohibición de suspensión o sustitución** de la pena prevista con anterioridad a la reforma⁵⁹.

VI. ACTUALIZACIÓN DE LA LECCIÓN 30

1. SUSTITUYE P. 707, N.º MARG. 17: MODIFICACIÓN DE LAS PENAS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, TUTELA, CURATELA, GUARDA O ACOGIMIENTO (ART. 46 CP)

Dispone el **art. 46 CP** que «[l]a inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. **La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado.** El juez o tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores **o incapaces** que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso. A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada

⁵⁸ Realiza esta observación, con acierto, VELÁZQUEZ VIOQUE en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 32/7823.

⁵⁹ Ya antes de la reforma, esta solución ya fue convalidada por el ATC 132/2006, 4-4, FJ 2.º: «La finalidad de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad es favorecer la reinserción y rehabilitación social de los penados con penas cortas privativas de libertad mediante su suspensión condicional o su sustitución por otras medidas distintas que eviten el eventual efecto desocializador que podría tener el efectivo ingreso en prisión durante un corto periodo de tiempo. Esta finalidad quedaría frustrada en el caso de entenderse que el penado extranjero no residente legalmente en España condenado a una pena corta privativa de libertad y cuya expulsión no resultara posible ejecutar se vería obligado indefectiblemente a ingresar en un centro penitenciario para cumplir dicha pena corta privativa de libertad sin posibilidad de que le fueran aplicados, si se cumplen los requisitos legales, los substitutivos penales».

en el Código Civil, incluidas la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas»⁶⁰.

2. SUSTITUYE P. 709, N.º MARG. 24: MODIFICACIÓN DE LOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD (ART. 46 CP)

De acuerdo con el **art. 49 CP**, 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, **así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares**. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes (...)»⁶¹.

3. PP. 714 Y 715: MULTA A PERSONA JURÍDICA (ART. 50.3 CP)

1. Por lo que respecta a la **pena de multa**, en el régimen de días-multa, la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica trae consigo la modificación tanto de su extensión como de la cuota diaria. Así, según el nuevo **art. 50.3 CP**, «[s]u extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. **Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años**». Por su parte, el **art. 50.4 CP** dispone que «la cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, **excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros**».

⁶⁰ En negrita las dos adiciones realizadas al precepto, ninguna de las cuales se encontraba en el Proyecto.

⁶¹ El inciso destacado en negrita ha sido introducido por la LO 5/2010. Sobre esta novedad vid. TORRES ROSELL, «La pena de localización permanente y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 95 ss.

2. Se introducen igualmente en materia de multa a personas jurídicas, las reglas previstas en los **arts. 52.4 y 53.5 CP**. Dispone el primero de estos preceptos: «En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes: a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior. c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos»). Por su parte, el art. 53.5 CP establece que «[p]odrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma».

VII. ACTUALIZACIÓN DE LA LECCIÓN 31: «LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE»

Junto al art. 66 CP se introduce un nuevo precepto, el **art. 66 bis CP**, que contiene reglas de individualización de la pena específicamente previstas para las **personas jurídicas**. De acuerdo con el nuevo precepto:

«En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.^a a 4.^a y 6.^a a 8.^a del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:

1.^a En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas pre-

vistas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.

b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.

c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

2.^a Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que la persona jurídica sea reincidente.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.^a del primer número del artículo 66.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal».

VIII. ACTUALIZACIÓN DE LA LECCIÓN 32 (SUSTITUYE PP. 741-742., N.º MARG. 8): MODIFICACIÓN DEL PERÍODO DE SEGURIDAD (ART. 36.2 CP)

1. Según dispone el **art. 36.2 CP**, «[c]uando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) Delitos del artículo 183. d) Delitos del capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece 13 años. El juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio).

2. La LO 5/2010 **ha eliminado el carácter automático de la aplicación del período de seguridad**. Dispone el art. 36.2 CP: «Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal **podrá** ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta»⁶².

La **obligatoriedad** se mantiene únicamente para los **casos indicados expresamente en el nuevo párr. 2.º del art. 36.2 CP**, y siempre que la pena impuesta **supere los cinco años**. Según el nuevo art. 36.2, párr. 2.º CP, «[e]n cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la cla-

⁶² Negrita añadida.

sificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) Delitos del artículo 183. d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años». La doctrina dominante viene cuestionando el carácter (ahora parcialmente) automático del período de seguridad por considerarlo incoherente con el sistema de individualización científica de la pena previsto en la LOGP⁶³.

3. Cuando el interno se encuentre **en tercer grado penitenciario** y reciba notificación de nueva responsabilidad, el Juez de Vigilancia penitenciaria podrá acordar, según el caso, el **regreso del sujeto a segundo grado**, previo informe de la Junta de Tratamiento, o bien la aplicación del régimen general (art. 36.2, párr. 2.º *in fine*: «El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior»).

IX. ACTUALIZACIÓN DE LA LECCIÓN 33

1. SUSTITUYE PP. 760 S. Y 763, N.º MARG. 32-33, 37, 51-52:

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

Cuatro son, fundamentalmente, las novedades introducidas por la LO 5/2010 en la materia. Por una parte, se modifica el ámbito de aplicación de

⁶³ Vid., a este respecto, y ya en relación con la nueva regulación ex LO 5/2010, FUENTES OSORIO, «Período de seguridad», en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 35/9040. Sobre todo ello, y ya en relación con la reforma operada por la LO 5/2010, vid., además, BACH FABREGÓ / GIMENO JUBERO, «Clases y contenido de penas y ejecución de las penas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 84 ss.

la regla de la **imprescriptibilidad** (art. 131.4 CP). Por otra, **se elimina el plazo de prescripción de tres años**, pasando a prescribir a los cinco años los delitos que lo hacían a los tres (art. 131, párr. 4.º CP). En tercer lugar, se introduce una nueva regla de determinación del plazo de prescripción en caso de **concurso de delitos y de delitos conexos** (art. 131.5 CP) Y, por último, se modifica el régimen de **interrupción** de la prescripción (art. 132.2 CP). Las líneas que siguen tienen como objetivo exponer los rasgos fundamentales de tales novedades legales, así como formular algunas observaciones críticas sobre las mismas⁶⁴.

1.1. Modificación del ámbito de aplicación de la regla de la imprescriptibilidad (art. 131.4 CP)

1. La LO 5/2010 **extiende el régimen de la imprescriptibilidad**, previsto hasta su entrada en vigor únicamente para «los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», a los **delitos de homicidio y asesinato terrorista** («tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona»). Una interpretación sistemática de los **arts. 571 y 572.1.º CP** permite concluir que el resultado de muerte al que se refiere el nuevo art. 131.4 CP es el causado por «[l]os que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública».

2. La técnica legislativa empleada por el legislador en el art. 131.4 CP conduce a **importantes problemas prácticos**. Aunque la solución de la imprescriptibilidad de los delitos de referencia pueda resultar atendible desde consideraciones de necesidad preventivo-general de pena⁶⁵, ello no significa,

⁶⁴ Sobre todo ello vid. HERNÁNDEZ GARCÍA, «La reforma del régimen prescriptivo de los delitos y de las penas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 121 ss.

⁶⁵ Sobre el fundamento de esta ampliación de la imprescriptibilidad del delito a tales infracciones, el Preámbulo de la LO 5/2010 señala lo siguiente: «[l]as modificaciones en materia de prescripción del delito se completan con la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo

sin embargo, que **todos** los delitos que se encuentran en las correspondientes rúbricas merezcan ser declarados imprescriptibles. Piénsese, por ejemplo, en el delito de negación o justificación del genocidio (art. 607.2 CP), castigado con pena de prisión de uno a dos años⁶⁶, o en el delito de orden o realización de actos contrarios a los Tratados Internacionales (art. 614 CP), castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. A la vista de estas penas, en defecto de la previsión recogida en el art. 131.4 CP los delitos de referencia prescribirían **a los cinco años**. La pregunta es, entonces, si atendiendo a la escasa gravedad de la pena prevista para ambos delitos, puede afirmarse, razonablemente, que tales infracciones son realmente merecedoras de ser declaradas imprescriptibles.

La LO 5/2010 se ha mostrado **parcialmente sensible a esta eventualidad**. Ha excluido del conjunto de delitos imprescriptibles el delito del art. 614 CP, pero no, en cambio, el de genocidio (art. 607.2 CP)⁶⁷.

que hubieren causado la muerte de una persona. El fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo. La reforma se fundamenta en este punto en que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado». El argumento se halla, igualmente, en el Dictamen de la Comisión de Justicia al Proyecto de Ley discutido en las Cortes. Vid., a este respecto, Cortes Generales, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados (Pleno y Diputación permanente), año 2010, IX Legislatura, n.º 160, sesión n.º 151, p. 4. La justificación de la reforma realizada por el Preámbulo de la Ley es absolutamente circular. El Preámbulo se limita a apuntar la no concurrencia de la falta de necesidad de pena en el caso de los delitos ahora incorporados al art. 131.4 CP, argumentando «que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado», sin explicar, sin embargo, cuáles son tales características. Sigue pendiente de respuesta, por ello, la pregunta de por qué el homicidio o el asesinato, pese a tratarse de delitos extraordinariamente graves, prescriben, y ello no sucede, en cambio, cuando tales delitos forman parte de los llamados «delitos de terrorismo».

⁶⁶ En este sentido RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, 2004, p. 94.

⁶⁷ Sobre la primera de estas dos decisiones, debe compartirse la opinión emitida por el CONSEJO FISCAL en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, según la cual «[l]a exclusión como imprescriptible del delito previsto en el artículo 614 del Código Penal, es coherente con la pena en abstracto dispuesta en el tipo reflejada en la escasa gravedad de la pena que podría dar lugar a la condena condicional». Es evidente que este argumento resulta perfectamente extensible al delito previsto en el art. 607.2 CP. La omisión en que incurre la LO 5/2010 en relación a este extremo constituye, por ello, un olvido difícilmente justificable.

1.2. Desaparición del plazo de prescripción de tres años (art. 131, párr. IV CP)

1. Otra de las importantes novedades de la LO 5/2010 en materia de prescripción del delito viene representada por la **ampliación del plazo de prescripción** de los delitos menos graves con pena máxima inferior a tres años de prisión o inhabilitación. Hasta la LO 5/2010, el plazo de prescripción previsto para tales delitos era de **tres años** (art. 131, párr. 5.º CP), pasando, como consecuencia de la reforma, a **cinco años**⁶⁸. De este modo, con la excepción de los delitos de injurias y calumnias, que siguen prescribiendo al año, y de las faltas, que siguen haciéndolo a los seis meses, el plazo mínimo de prescripción de las infracciones penales **deja de ser de tres años, y pasa a ser de cinco**.

2. Este cambio desplegará importantes consecuencias en relación con algunos delitos de enorme trascendencia práctica, como, por ejemplo, la **estafa** o la **apropiación indebida**. Hasta la LO 5/2010, estos delitos venían prescribiendo a los **tres años**, salvo que concurriera alguno de los elementos típicos accidentales previstos en el art. 250 CP, o se tratase de un delito continuado, en cuyo caso el plazo de prescripción podía alcanzar los **cinco años**. La razón fundamental que impulsa a la LO 5/2010 a extender a los delitos que venían prescribiendo a los tres años el plazo de prescripción de los cinco no es otra que la voluntad de revertir la **sensación subjetiva de impunidad y desconfianza hacia la Administración de Justicia** que despiertan en la colectividad los casos de aquellos delitos que, debido a la complejidad que suele entrañar su investigación, en ocasiones prescriben con anterioridad a que se haya iniciado su averiguación y posterior persecución⁶⁹.

⁶⁸ No son éstos, sin embargo, los únicos delitos que han visto modificado su plazo de prescripción como consecuencia de la LO 5/2010. A través del incremento del límite máximo del correspondiente marco penal, la LO 5/2010 ha ampliado el plazo de prescripción de algunos delitos. Una muestra significativa de esta técnica legislativa viene representada, por ejemplo, por el delito fiscal. La reforma ha aumentado el límite máximo del marco penal de cinco a seis años, y, con ello, el plazo de prescripción del delito pasa de cinco a diez años.

⁶⁹ En palabras del Preámbulo de la LO 5/2010: «El replanteamiento del régimen procesal de la prescripción en los términos expuestos aconseja también revisar algunos aspectos de su regulación sustantiva. La impunidad debida a la prescripción de ciertos delitos castigados con penas de

3. Esta justificación, sin embargo, **no resulta plenamente compatible**. Puede aceptarse sin reparos que, en ocasiones, el descubrimiento o investigación de los hechos que constituyen el substrato fáctico de algunas de las constelaciones delictivas referidas por el Preámbulo (delitos urbanísticos, algunos delitos contra la Administración Pública) puede resultar extremadamente complejo. Si a ello se suma que tales delitos no siempre vienen acompañados de penas particularmente gravosas, la consecuencia será que el plazo de prescripción de los mismos resulta, ocasionalmente, considerablemente escaso. Sin embargo, que ello suceda en ocasiones **no** significa, en modo alguno, que lo haga **siempre**. Es obvio que no todos los delitos con pena de prisión inferior a tres años consisten en infracciones «*cuyo descubrimiento e investigación pueden sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados*». Piénsese, por ejemplo, en los delitos de lesiones previstos en los arts. 147.2 y 152.1.º CP, hurto (art. 234 CP), violencia de género (art. 153.1, 171.4, 172.2 CP), amenazas (art. 169 ss. CP), coacciones (art. 172 CP), daños (art. 263 ss. CP) y un largo etcétera de **delitos cuya instrucción normalmente no adolecerá de una particular complejidad**. Todo ello debería conducir, como es lógico, a la **previsión de plazos específicos de prescripción, más amplios, para tales constelaciones delictivas**, sin que dicha ampliación de plazos deba alcanzar a delitos que en absoluto participan de tales particularidades. De lo contrario, la extensión del plazo de prescripción de cinco años a todos los delitos con pena de prisión inferior a cinco años provocará la aplicación del **mismo plazo de prescripción a delitos de complejidad y gravedad muy diversa**⁷⁰.

no excesiva gravedad (estafas, delitos urbanísticos, por ejemplo, o algunos delitos contra la Administración Pública), cuyo descubrimiento e investigación pueden sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados, ha redundado en descrédito del sistema judicial y en directo perjuicio de las víctimas. En este sentido, se opta por elevar el plazo mínimo de prescripción de los delitos a cinco años, suprimiendo por tanto el plazo de tres años que hasta ahora regía para los que tienen señalada pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años». En idénticos términos se expresó el Dictamen de la Comisión de Justicia al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, aprobado por el Congreso de los Diputados el 29 de abril de 2009. Vid. Cortes Generales, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados (Pleno y Diputación permanente), año 2010, IX Legislatura, n.º 160, sesión n.º 151, p. 4.

⁷⁰ Contravieniéndose, de este modo, el espíritu del propio preámbulo de la LO 5/2010 y del art. 131.1 CP. No en vano, el propio CONSEJO DE ESTADO ya ha llamado la atención sobre tal extremo, afirmando en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica

1.3. La prescripción del delito en supuestos de concurso de infracciones y de conexidad delictiva (art. 131.5 CP)

1.3.1. Supuestos de concurso de infracciones

1. El Proyecto incorpora al art. 131 CP un **nuevo apartado**. Se trata del **apartado 5.º**, de conformidad con el cual «*[e]n los supuestos de concurso de infracciones (...), el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave*»⁷¹. La nueva regla de determinación del plazo de prescripción en los casos de concurso de infracciones constituye la plasmación legal de un **consolidado criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo**. De acuerdo con dicho criterio, en los supuestos de referencia el **plazo de prescripción de los delitos en concurso será único**. Concretamente, el **plazo correspondiente al delito de la relación concurso para el que esté prevista pena más grave**. Aunque los Jueces y Tribunales no lo vienen destacando de forma expresa, de la propia lógica del criterio jurisprudencial que nos ocupa que **también el *dies a quo***, esto es, el día en que debe entenderse cometido el delito a los efectos de dar inicio al cómputo del plazo de prescripción del conjunto delictivo, es único, y se corresponde con el momento de consumación del delito que tiene asignada pena más grave⁷². Según la jurisprudencia,

10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, lo siguiente: «Esta elevación no guarda relación con las penas fijadas en el Código Penal para un buen número de conductas, cuyas penas son inferiores a los tres años (por ejemplo, entre los delitos que se modifican por el Anteproyecto, los delitos de estafa y de daños). Desde la perspectiva de la proporcionalidad inherente al Derecho Penal, podría llegar a cuestionarse esta elevación del período de prescripción que se aplica a gran parte de los delitos, pues no existe una correlación precisa entre el reproche penal fijado por el legislador y el tiempo durante el que es posible proceder a la persecución penal del ilícito en sí mismo considerado». Vid. CONSEJO DE ESTADO, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 125.

⁷¹ Negrita añadida.

⁷² Veamos con un ejemplo a qué viene conduciendo en la práctica la aplicación práctica de esta regla. En un caso de falsificación documental realizada el 1 de enero de 2010, con posterior utilización del documento falsificado para cometer una estafa el 1 de enero de 2016, esto es, 6 años más tarde, la prescripción del delito de falsedad documental y la del delito de estafa no se producirá de forma separada, sino conjuntamente, tomándose como plazo de prescripción del conjunto delictivo el de cinco años previsto (de acuerdo con el nuevo art. 131.1 CP) para la estafa, por ser dicho delito el más grave de los dos en concurso, y como *dies a quo* para los dos delitos el 1 de enero de 2016, fecha de consumación de la estafa. De este modo, no solo la estafa, sino también la falsedad

la razón por la que en los casos de concurso de delitos el plazo de prescripción debe ser único y común para todas las infracciones en concurso reside en el hecho de que en tales supuestos se produce **una unidad delictiva** entre los diferentes delitos en concurso, de tal modo que separarlos para determinar la prescripción o no de cada uno de ellos por separado resultaría completamente artificioso⁷³.

2. No obstante, puede advertirse fácilmente cómo la línea jurisprudencial que acaba de ser expuesta no se refiere, en realidad, a todas las modalidades de concurso de delitos. **Sólo se alude al concurso medial e ideal de delitos**, no, en cambio, al concurso real de infracciones. Este hecho resulta coherente con el argumento relativo a la unidad delictiva del conjunto de infracciones, que por principio brilla por su ausencia en los casos de concurso real. Y también con el criterio del plazo de prescripción único correspondiente al delito más grave, ya que el mismo se corresponde con la **regla de la exasperación de la pena** prevista para los casos de concurso medial e ideal de delitos en el art. 77.2 CP. Puesto que en tales supuestos la pena aplicable es la correspondiente a la mitad superior de la prevista para el delito más grave, el Tribunal Supremo entiende que el plazo de prescripción del conjunto concursal será, en coherencia con dicho criterio, el correspondiente al delito más grave, a computar desde el momento en que tenga lugar su consumación.

3. El nuevo art. 131.5 CP, al convertir dicho criterio en derecho positivo, resuelve el **grave problema de legalidad** que planteaba el hecho de que en los mencionados casos de concurso ideal o medial de delitos, la jurispuden-

documental, esto es, el conjunto delictivo formado por el concurso medial de delitos entre la falsedad documental y la estafa, prescribirá el 1 de enero de 2021.

⁷³ Claramente expresivas de este punto de vista es, por ejemplo, la STS 706/07, 6-6, en la que se encuentra la siguiente fundamentación a la tesis de la unidad de plazo de prescripción en los supuestos de concurso de delitos: «[L]a unidad delictiva prescribe de modo conjunto de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Y ello porque no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción pues ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecten a un segmento de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto».

cia estableciese, en contra de reo, un plazo de prescripción no previsto legalmente: el correspondiente al delito más grave. Como ya se ha mencionado de forma repetida, en el Código penal en vigor, el plazo de prescripción del delito se encuentra determinado en el art. 131.1 CP en función de la mayor o menor gravedad de la pena prevista para el delito, esto es, en función de la mayor o menor gravedad de la infracción. Hasta la llegada de la LO 5/2010, las únicas excepciones a los plazos previstos en dicho precepto eran las que se encontraban recogidas en los restantes apartados del art. 131 CP para las faltas (art. 131.2 CP), los delitos con pena compuesta (art. 131.3 CP) y los ya mencionados delitos imprescriptibles de lesa humanidad, genocidio y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (art. 131.4 CP). En lo relativo a la determinación del *dies a quo*, las reglas se encuentran previstas en el art. 132.1 CP, aunque únicamente para los casos de delito instantáneo, permanente, de estado y continuado. **Ninguna regla se encontraba, en cambio, en relación con los supuestos de concurso de delitos.** De este modo, hasta la entrada en vigor del nuevo art. 131.5 CP, la regla que ahora nos ocupa constituía un claro ejemplo de **analogía in malam partem**. Analogía porque la regla no se hallaba prevista en la Ley, aunque se aplicaba por la supuesta existencia de una similitud entre los casos de concurso de delitos con los de **delito continuado**. E *in malam partem* porque la aplicación de este criterio conducía, de hecho, a una **prolongación del plazo de prescripción del delito menos grave previsto en el art. 131.4 CP**⁷⁴.

4. Ello no obstante, el nuevo art. 131.5 CP puede resultar problemático por diversas razones. En primer lugar, debe advertirse que la alusión a los «supuestos de concurso de infracciones» resulta lo suficientemente amplia como para comprender en su tenor literal posible no sólo los casos de concurso ideal

⁷⁴ Este último efecto puede comprobarse fácilmente con apoyo en un ejemplo. En un caso de falsificación documental realizada el 1 de enero de 2004, con posterior utilización del documento falsificado para cometer una estafa el 1 de enero de 2008, la aplicación de la regla que ahora nos ocupa conducía a afirmar que ninguno de los dos delitos en juego, ni el final (estafa) ni el medio (falsedad documental) se encontraban prescritos. Ambos prescribían de forma conjunta (con el plazo de tres años vigente hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010 para el tipo básico del delito de estafa) el día 1 de enero de 2011. Con la aplicación de dicha regla, el plazo de prescripción actualmente previsto para el delito de falsedad documental *ex art.* 131.1 CP, esto es, el de tres años, se veía sensiblemente prolongado (hasta los siete) sin la existencia de un precepto legal habilitante para ello.

o medial de delito, sino también los de **concurso real de delitos**. Sin embargo, es evidente que el fundamento material de la regla del art. 131.5 CP, la supuesta existencia de una unidad delictiva, podría concurrir en los casos de concurso medial o ideal, pero **nunca en los de concurso real**. Como es sabido, en esta clase de concurso de delitos se produce una pluralidad de hechos que dan lugar a una pluralidad de delitos⁷⁵. Debido a ello, carecería de todo sentido no computar los plazos de prescripción de cada uno de los delitos en juego por separado. Con otras palabras: si lo que justifica la existencia de un plazo único de prescripción y de un único *dies a quo* (los correspondientes al delito más grave) en los casos de concurso de delitos es, desde el punto de vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo —ahora transformado en el art. 131.5 CP—, la existencia de una **unidad de acción delictiva**, resulta incuestionable que tal unidad no concurre, en modo alguno, en los casos de concurso real de delitos.

5. La inclusión del concurso medial y el concurso ideal de delitos en el art. 131.5 CP conduce a formular otro interrogante: ¿Realmente puede afirmarse que en los casos de **concurso medial de delitos** existe la unidad delictiva que presupone el precepto? Frente a las consideraciones del Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica del concurso medial de delitos, según las cuales también en los casos de concurso medial de delitos se da unidad de acción entre el delito medio y el delito fin, debe afirmarse de forma decidida que **el concurso medial de delitos no es un concurso ideal, sino uno real**. Es cierto que el art. 77 CP dispone una regla de determinación de la pena común para el concurso ideal y el medial de delitos. Pero ello no significa que la naturaleza jurídica del concurso medial de delitos sea la propia del concurso ideal. Se trata, antes bien, de un caso de concurso real al que se aplica la regla de determinación de la pena para evitar un *bis in idem* parcial. En el concurso medial de delitos concurre una pluralidad de hechos que da lugar a una pluralidad de delitos, con la única particularidad de que los delitos se hallan en una relación medio-fin. Como es sabido, la existencia o no de unidad delictiva no puede decidirse de acuerdo con un criterio de carácter exclusivamente naturalístico, sino con apoyo en uno de **naturaleza valorativo-social**.

⁷⁵ Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 8.ª ed., 2008, 27/54 ss.

De conformidad con un tal criterio, deberá partirse de la valoración social del hecho desde el punto de vista del contexto situacional o motivacional y preguntarse si, a partir de la misma, puede decirse que el hecho tiene una unidad de acuerdo con el sentido que el legislador ha querido dar al tipo correspondiente. Un ejemplo claro de unidad jurídica de acción es el **delito continuado**, para el que, como ya se ha indicado, el art. 132.1 CP tiene prevista una regla específica para la determinación del *dies a quo*⁷⁶. Por todo ello, también en los casos de concurso medial de delitos, cada uno de los delitos en juego debe prescribir **por separado**⁷⁷.

6. Ciertamente, teniendo en consideración la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo de la que el art. 131.5 CP trae causa, es previsible que el nuevo precepto sea aplicado por Jueces y Tribunales de tal modo que el mismo resulte extensible no sólo a los casos en los que más claramente concurre unidad de acción, esto es, los supuestos de concurso ideal de delitos, sino también a los casos de concurso medial. Sin embargo, resultaría en mi opinión ampliamente preferible una **interpretación restrictiva** del precepto de referencia que dejase fuera del mismo todos los casos de concurso real de delitos (también, por tanto, los de concurso medial), y que se limitase a extender su ámbito de aplicación, por tanto, a los casos de **concurso ideal de delitos**.

1.3.2. *Supuestos de conexidad delictiva (art. 17 LECrim.)*

1. El nuevo art. 131.5 CP dispone, además, que «[e]n los supuestos de (...) **infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave**»⁷⁸. Según lo dispuesto en el **art. 17 LECrim.**, «considérense delitos conexas: 1. Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. 2. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos

⁷⁶ Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 8.ª ed., 2008, 27/2 ss.

⁷⁷ De la misma opinión RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, 2004, pp. 190 s.

⁷⁸ Negrita añadida.

si hubiera precedido concierto para ello. 3. Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución. 4. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5. Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados».

2. Una primera lectura del precepto permite advertir ya que **en ninguno de los cinco casos de conexidad delictiva es necesaria**, ni siquiera indirectamente, **la existencia de una unidad de acción delictiva**, en el sentido exigido por la jurisprudencia y presupuesto por el nuevo art. 131.5 CP para los casos de concurso de infracciones. Es obvio que la de los delitos conexos no es una categoría de naturaleza sustantiva, sino **procesal**, que responde a la conveniencia de que en determinados supuestos no se produzca un quebranto la llamada continencia de la causa. Pues bien: es igualmente evidente que tal conveniencia procesal, que persigue, asimismo, garantizar la correcta averiguación y posterior enjuiciamiento de los hechos, **nada tiene que ver con el fundamento de la prescripción del delito**. Esto es, la necesidad o no de pena de un hecho delictivo como consecuencia del transcurso de un determinado espacio de tiempo desde el momento en que se produce su consumación⁷⁹.

3. De hecho, tan sólo en uno de los apartados del art. 17 LECrim., el 1.º, se exige la existencia de **proximidad temporal** entre los diferentes delitos conexos en juego. Resulta perfectamente imaginable, por ello, que dos personas se pongan de acuerdo para cometer dos delitos, uno cada uno de ellos (art. 17.2 LECrim.), o que se cometa un delito para encubrir o garantizar la impunidad de otro (art. 17.4 LECrim.), y que los respectivos momentos de consumación de cada uno de ellos se encuentren tan separados en el tiempo que cuando se produzca la consumación del delito más grave, el plazo de

⁷⁹ No en vano, este punto de vista se encuentra avalado por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sirvan como muestra de ello las SSTs 29-7-98, 12-5-99, 3-07-02. Tales resoluciones consideran inaplicable a los supuestos de conexidad delictiva el criterio según el cual en los casos de concurso medial de delitos el plazo de prescripción se corresponde con el del delito más grave, ya que «las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable en supuestos de mera conexidad procesal».

prescripción del delito menos grave ya haya transcurrido. Así las cosas, ¿qué sentido tiene hacer revivir ese plazo de prescripción, o, si se prefiere, mantenerlo suspendido en el tiempo de forma indefinida, cuando parece evidente que, transcurrido el mismo, la necesidad preventiva de pena de la infracción ya habría desaparecido?⁸⁰.

1.4. Modificación del régimen de interrupción de la prescripción del delito

1.4.1. *La problemática hasta la LO 5/2010. Especial referencia al «Caso KIO»*

1. Antes de la reforma realizada por la LO 5/2010, uno de los aspectos más controvertidos de la prescripción del delito residía en la determinación del momento en que dicho plazo debe entenderse **interrumpido**. Aparentemente, la cuestión se encontraba resuelta en el **art. 132.2 CP**. De acuerdo con el tenor literal de este precepto antes de la reforma, *«[l]a prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena»*.

2. No obstante, esta regla se encontraba lejos de ser inequívoca. Una de las cuestiones cuya resolución resultaba más dudosa era la relativa a cuándo debía concluirse que *«el procedimiento se dirige contra el culpable»*. Tres eran las posturas defendidas en la doctrina y la jurisprudencia a este respecto. De acuerdo con una primera interpretación, mantenida por la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que se entienda que el *«procedimiento se dirige contra el culpable»* basta con **que se presente denuncia o querrela**

⁸⁰ En idéntico sentido RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, 2004, p. 192. De otra opinión CONSEJO FISCAL, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, p. 73, que ya solicitó la inclusión en el Código penal de la regla que ahora nos ocupa, sobre la base de la doctrina sentada por las SSTs 966/2004, 21 de julio, y 312/2006, de 14 de marzo.

contra el mismo⁸¹. Según un segundo sector jurisprudencial, que se corresponde con el punto de vista más clásico de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y, en parte, con la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no basta para la interrupción de la prescripción con la presentación de una denuncia o querella, sino que es necesario, además, **que dicha denuncia haya sido admitida a trámite** mediante el correspondiente Auto del Juez de Instrucción, y, en su caso, el Auto de incoación de la instrucción del procedimiento⁸². Por último, de conformidad con una tercera opinión, la dirección del procedimiento contra el culpable tiene lugar únicamente **cuando el sujeto es citado por el Juez de Instrucción para declarar en condición de imputado**⁸³.

3. De estas tres posturas, la que mejor se compadecía con la letra del antiguo art. 132.2 CP, que exigía que el acto de interrupción de la prescripción del delito consista en un **acto de dirección del procedimiento contra el culpable**, era, sin duda, la **segunda**. Como es sabido, en su primera fase, la instrucción, la dirección del procedimiento corre a cargo del Juez de Instrucción, de tal modo que todo acto que implique, de un modo u otro, dirigir el procedimiento contra un sujeto deberá ser realizado por él. Frente a ello, la mera denuncia o querella de unos hechos en modo alguno puede merecer la calificación de acto de dirección del procedimiento contra el culpable, ya que a través del correspondiente escrito de puesta en conocimiento de la *noticia criminis*, el denunciante se está limitando a **instar la incoación de un procedimiento penal** para la averiguación y persecución de unos hechos, pero **no**

⁸¹ En este sentido, *vid.*, entre otras muchas resoluciones, y sin ánimo de exhaustividad, las SSTS 331/06, 24-3, 774/05, 2-6, 71/04, 2-2, 298/03, 14-3, 162/03, 4-2 y 147/03, 5-2, entre otras. En idéntico sentido se pronuncia la Inst. 5/05 FGE: «Ello lleva a que en las causas penales actualmente en tramitación en las que la denuncia o la querella se hubiera presentado con anterioridad a la finalización del plazo de prescripción, los Sres. Fiscales deberán mantener la interpretación emanada de la jurisprudencia del TS conforme a la cual se ha producido la interrupción del mismo, oponiéndose a las alegaciones que en sentido contrario pudieran plantearse y, en su caso, recurriendo las resoluciones que declaren la prescripción por no reconocer eficacia interruptora a dichos actos».

⁸² Esta tendencia interpretativa, que no exige una formalización estricta de la imputación en una resolución separada, fue muy significativa en su momento en la jurisprudencia del Alto Tribunal. Así lo acredita, por ejemplo, la STS 9/92, 21-1.

⁸³ Una exposición detallada de estas tres posturas se encuentra en RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, 2004, pp. 161 ss.

dirige el procedimiento contra el denunciado o el querellado⁸⁴. No en vano, resulta perfectamente posible imaginar un supuesto en que el objeto de la denuncia o querella venga representado por un hecho no constitutivo de delito, de tal modo que la aquélla sea, finalmente, inadmitida a trámite. ¿Tendrá algún sentido afirmar que mediante la simple presentación de la denuncia o la querella «*se ha dirigido el procedimiento contra el culpable*», cuando posteriormente el Auto de inadmisión a trámite de la querella vendría a declarar, en realidad, la inexistencia de todo procedimiento judicial, por no ser los hechos denunciados ni siquiera típicos?

4. A favor de la solución de la interrupción de la prescripción del delito mediante la simple presentación de la denuncia o querella se afirmó que si se espera al momento en que el Juez de Instrucción la admita a trámite, entonces es posible que si el Juez de Instrucción se retrasa en el dictado del auto de admisión a trámite, cuando esto ocurra el delito podría encontrarse ya prescrito. Esta insatisfactoria consecuencia sería sencillamente insoportable —se sostenía— cuando el retraso judicial fuera doloso, ya que entonces podría decirse que la prescripción o no de un delito quedaría enteramente al arbitrio del propio Juez de Instrucción⁸⁵. Frente a tales argumentos, se oponía que aunque la solución de la no interrupción del plazo con la interposición de la denuncia o la querella podía conducir, ciertamente, a consecuencias insatisfactorias, el mayor o menor retraso con el que un Juez de Instrucción resuelva sobre la admisión o no a trámite de un escrito de denuncia o querella ninguna incidencia debía desplegar sobre la suerte del denunciado o querellado. Es obvio que la solución a los problemas derivados del incorrecto funcionamiento de la Administración de Justicia, y, particularmente, al retraso en la tramitación de las causas judiciales como consecuencia de la sobrecarga

⁸⁴ En palabras de SILVA SÁNCHEZ: «(...) la legislación procesal pone inequívocamente de relieve que el “procedimiento” no existe sino en virtud de un acto judicial. (...) [e]l procedimiento puede, desde luego, incoarse de oficio o a instancia de parte, pero, en todo caso, una cosa es “instar” y otra, bien distinta, iniciar». Vid. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 124. En idéntico sentido *vid.*, por todos, RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, 2004, pp. 164 ss.

⁸⁵ Piénsese, por ejemplo, en el Juez de Instrucción que, después de advertir que le ha correspondido por turno de reparto resolver sobre la admisión o inadmisión a trámite de una denuncia o querella interpuesta contra un familiar o amigo, decide guardar el escrito en un cajón hasta que el delito se encuentre prescrito.

que padecen las oficinas judiciales en España, no pasaba precisamente por declarar la no prescripción de hechos ya prescritos, sino, antes bien, por la realización de cambios estructurales o funcionales en el sistema judicial. Y en lo que se refiere a la necesidad de evitar que el Juez de Instrucción pueda decidir libremente si deja prescribir o no un delito, una parte de la doctrina ya apuntaba antes de la LO 5/2010, desde una perspectiva *de lege ferenda*, que la solución podría pasar —como sucede en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural— por la previsión expresa en el Código de un régimen de **suspensión** del cómputo del plazo de prescripción para casos como los que ahora se someten a consideración⁸⁶. Por todo ello, era razonable entender, en suma, que el criterio más acertado era el que permitía concluir que el plazo de prescripción del delito no se interrumpía con la mera presentación de la querrela, sino con el dictado del Auto por el que se acuerda su admisión a trámite. Por lo general, este Auto coincide con el de incoación de Diligencias Previas, en el Procedimiento Abreviado, y con el de Procesamiento en el caso del Procedimiento Ordinario. Se exigía, eso sí, que no se tratase de un Auto meramente formal o de formulario, sino de una resolución con contenido dispositivo material. No era preciso, en cambio —como se defendía desde la tercera opinión expuesta *supra*— esperar al momento en que el imputado sea citado a declarar como tal⁸⁷.

5. Uno de los casos que mejor ejemplificó la disparidad de criterios jurisprudenciales en la materia, así como las no menos dispares consecuencias a las que tales criterios conducían, fue el llamado «Caso KIO»⁸⁸. Resumidamente, el *iter procesal* de esta causa es el que sigue. Por medio de sentencia dictada en fecha 29 de diciembre de 2000, la Audiencia Provincial de

⁸⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, 2004, p. 168.

⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 135.

⁸⁸ No es éste, sin embargo, el único caso de controversia entre el TS y el TC a propósito de la interpretación del art. 114.2 CP 1973, actual art. 132.2 CP 1995. Ya en 2005, la STC 63/2005, 14-3, anuló una resolución del Tribunal Supremo por entender que el alto tribunal había condenado por un delito que estaba prescrito. También en aquel caso, el TC consideró que la interpretación de la regla prevista en el CP en materia de interrupción del plazo de prescripción realizada por el TS, de conformidad con la cual bastaría con la presentación de una querrela y su oportuno registro para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito, era constitutiva de analogía *in malam partem*, y, por tanto, contraria al principio de legalidad penal (art. 24 CE).

Madrid absolvió a los Sres. A.C. y A.A. de un delito de falsedad en documento mercantil y otro de estafa de los que habían sido acusados. La sentencia fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal, las acusaciones particulares e, incluso, por los propios Sres. C. y A. Los recursos fueron resueltos por la **STS 298/03, 14-3**, por la que, estimándose parcialmente los respectivos recursos de las partes acusadoras, se procedió a revocar la sentencia dictada en primera instancia, y, en consecuencia, a condenar a los Sres. C. y A. como autores responsables de un delito de falsedad en documento mercantil, en concurso medial con un delito de estafa agravada por razón de la especial entidad de lo defraudado⁸⁹. La sentencia del TS fue recurrida en amparo ante el TC por los condenados, con la oposición de las acusaciones. El recurso de amparo fue estimado por la **STC 29/2008, 20-2**, que anuló, por tanto, la STS 298/03, 14-3.

6. El motivo por el que en la primera de las sentencias dictadas en el caso KIO la Audiencia Provincial de Madrid decidió absolver a los Sres. C. y A. fue que los delitos de los que éstos habían sido acusados ya habían prescrito. Por aplicación de los plazos previstos en el **art. 113 CP 1973** (los hechos enjuiciados tuvieron lugar el día 23 de noviembre de 1987), los delitos objeto de acusación debían prescribir el día 7 de enero de 1993. Un día antes, esto es, el día 6 de enero de 1993, los socios minoritarios de Urbanor presentaron una querrela criminal, sin firma y sin acompañarla del preceptivo poder especial, contra los Sres. C. y A. La Audiencia Provincial de Madrid consideró que la presentación de dicha «querrela defectuosa» no sirvió para interrumpir el plazo de prescripción de los delitos, que finalizó, por tanto, el mencionado día 7 de enero de 1993. La razón fundamental en que la Audiencia Provincial de Madrid apoyó su decisión fue la siguiente: Para que «*el procedimiento se dirija contra el culpable (...)*» (**art. 114, párr. 2.º CP 1973**) no bastaría con la presentación de una querrela (que en el caso de autos, ade-

⁸⁹ El TS condenó a los acusados a la pena de un año de prisión menor y multa por importe de 6.000 euros por el primero de dichos delitos, con 50 días de arresto sustitutorio en caso de impago, y de dos años y cuatro meses de prisión por el delito de estafa, debiendo asimismo responder solidariamente y por mitades de las indemnizaciones señaladas en la resultancia probatoria de la Sentencia de instancia, siendo responsables civiles subsidiarias las entidades Construcciones y Contratas, S.A. y Corporación Financiera Hispánica, S.A.

más, no cumplía los requisitos formales legalmente exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Era necesario que quien dirige el procedimiento sumarial, esto es, el Juez de Instrucción, hubiera «**dirigido**» el procedimiento contra el culpable mediante algún acto procesal, como, por ejemplo, el auto de admisión a trámite de la querrela, o el auto de incoación de Diligencias previas. Ambas actuaciones procesales habrían tenido lugar en el «caso KIO», pero ambas después de que el plazo de prescripción de los delitos hubiese expirado.

La STS 298/03, de 14 de marzo, apoyándose en otras resoluciones dictadas anteriormente por el alto tribunal en idéntico sentido (por ejemplo, las sentencias 331/06 y 1026/06), discrepó de dicho criterio, y revoca la sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Madrid, por entender que los delitos de estafa y falsedad en documento mercantil no habían prescrito. Esto último obedecería, a juicio del TS, a que el escrito de querrela habría conseguido interrumpir el plazo de prescripción un día antes de su finalización. El TS restó relevancia a los defectos de forma de dicha querrela, por considerar que dicho escrito sería, en cualquier caso, una denuncia, bastando cualquier puesta en conocimiento de las autoridades de la *notitia criminis* para entender que, con ello, el procedimiento se habría «*dirigido contra el culpable*».

La STC 29/2008, 20-2, estimó el recurso de amparo sobre la bases de los siguientes argumentos. En primer lugar, se señaló que la sentencia recurrida no cumplía con la tutela judicial efectiva reforzada (art. 24 CE) que se exige cuando la resolución se encuentra vinculada a otro derecho fundamental, como sucedía en el caso KIO, ya que algunas de las penas en juego eran privativas de libertad (art. 17 CE)⁹⁰. En opinión del TC, la interpretación que la Sentencia dictada por el TS en el caso KIO hizo del art 114.2 CP 1973, a pesar de no ser completamente ilógica, irracional y arbitraria, excedía del sentido más directo de la expresión «*dirección del procedimiento contra el culpable*». Constituía **interpretación extensiva o analógica in malam partem**, y era, por tanto, contraria al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). Para

⁹⁰ STC 29/2008, 20-2, FJ 7.

el TC, el sentido más directo de aquella expresión pasaba por entenderlo como la realización por parte del Juez de Instrucción de algún acto procesal de dirección del proceso contra el culpable. Según esta interpretación, mediante la presentación de denuncia o querrela, el denunciante o querellante no dirigiría el procedimiento contra el culpable, sino que se limitaría a solicitar que se inicie el procedimiento. O dicho de otro modo: se instaría al Juez de Instrucción, el único que puede dirigir el procedimiento contra el culpable, por tener atribuido el ejercicio del *ius puniendi*, a que lo haga⁹¹.

7. Globalmente, la **STC 29/2008** es ampliamente compartible⁹². Además de los argumentos que la propia STC 29/08 esgrime en apoyo de la prescripción de los delitos de los que fueron acusados los Sres. C. y A., y de los ya mencionados *supra* a favor de esta postura, no está de más poner todo ello en relación (como, de hecho, hace también la STC 29/08) con uno de los **fundamentos político-criminales de la institución de la prescripción del delito: garantizar la seguridad jurídica**. O, más, concretamente, garantizar que sobre el cuello de un sujeto no va a pender de forma indefinida, como si de una espada de Damocles se tratase, la posible condena por la comisión de un delito o la ejecución de una pena ya impuesta. Pues bien: en términos de seguridad jurídica, no cabe duda de que ésta queda garantizada en mayor medida si la interrupción del plazo de prescripción no queda al arbitrio de la presentación de un escrito de denuncia o querrela (que, por lo demás, podría no corresponderse con la realidad, por tratarse de una denuncia o querrela falsa), sino de la adopción por parte del Juez de Instrucción de un acto de dirección material del procedimiento contra el culpable con contenido sustantivo. Esto es, con identificación de los hechos objeto de imputación, de las personas a las que se atribuye la responsabilidad por los hechos, y con contenido dispositivo, tal y como ya se expuso *supra*⁹³.

⁹¹ STC 29/2008, 20-2, FJ 10.

⁹² QUERALT JIMÉNEZ, «Una condena bien anulada», El Periódico de Catalunya, 27-2-08; GÓMEZ MARTÍN, V., «La interrupción de la prescripción del delito: ¿Un juego de equilibrios condenado al fracaso?», El Economista, 29-12-08.

⁹³ No obstante todo lo anterior, es preciso advertir que la STC 29/08, siendo compartible en el fondo, incurrió en algunas contradicciones. En primer lugar, la sentencia contradice abiertamente uno de los presupuestos fundamentales de los que venía partiendo el TC en materia de prescripción

8. Con posterioridad a la controversia suscitada por el ya mencionado caso KIO, el **Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo celebrado en fecha 25-4-09** adoptó, en relación con el particular que ahora nos ocupa, los **dos Acuerdos** siguientes: 1.º Que «[e]l artículo 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los artículos 117.1, 161.1 b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza, con plena jurisdicción, las facultades que directamente le confiere el art. 123.1 CE.; y 2.º Mantener la actual ju-

de delitos con anterioridad a la STC 63/2005, 14-3, que la STC 29/2008 toma como punto de referencia. El presupuesto consiste en que, salvo en los supuestos de interpretación irracional, ilógica o arbitraria (lo cual, según reconoce expresamente la STC 29/2008, no habría sucedido en caso de la STS que resuelve el caso KIO), la interpretación de los preceptos reguladores de la prescripción constituye, en todo caso, una cuestión de legalidad ordinaria, por lo que todo pronunciamiento del TC sobre dicha materia supondría una inadmisibile intromisión en la función jurisdiccional ordinaria. Esta insatisfactoria consecuencia es puesta de relieve por el voto particular a la STC 29/2008, realizado por el Ilmo. Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas. En segundo lugar, en la tesis de que la interpretación que la sentencia dictada por el TS en el caso KIO hace del art. 114.2 CP 1973, a pesar de no ser completamente ilógica, irracional y arbitraria, excede del sentido más directo de la expresión «dirección del procedimiento contra el culpable», siendo, por ello, interpretación extensiva o analógica *in malam partem*, existen, al menos, dos incorrecciones. La primera consiste en una difícilmente aceptable confusión entre la analogía *in malam partem* y la interpretación extensiva de la ley penal, esto es, aquélla que permite agotar las posibilidades interpretativas del tenor literal de la ley penal. La equiparación resulta difícilmente admisible porque, si bien la primera bajo ningún concepto puede tener cabida en Derecho penal, la interpretación extensiva de la ley penal es considerada plenamente conforme al principio de legalidad por un importante sector doctrinal. Además, cuando el TC declara inconstitucional la interpretación de la expresión «dirección del procedimiento contra el culpable» realizada por la STS 298/03, de 14 de marzo (conforme a la cual también la presentación de una denuncia o una querrela supondría dirección de procedimiento contra el culpable), por entender que la misma excede del sentido gramatical más directo de la expresión, el TC está contraviniendo el criterio del que ha partido en otras resoluciones. Baste recordar, a tales efectos, las SSTC 123/2001 y 126/2001, que declararon conforme a la CE la subsunción de los denominados casos de «negocio jurídico simulado» (la declaración que contiene el documento pertenece al sujeto que la emite, pero dicha declaración refleja un negocio jurídico que no se corresponde con la realidad) en el art. 390.1.2.º CP («[s]erá castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad»), operada por las importantes SSTC 1590/03, de 22 de abril de 2004 (caso Intelhorce), 1282/00, de 25 de septiembre, y 1/97, de 28 de octubre (caso Filesa). En sus sentencias 123/01 y 126/01, el TC declaró que aquella interpretación del art. 390.1.2.º CP 1995 era conforme a la CE, porque, a pesar de que el sentido gramatical directo del término «autenticidad» es «capacidad de ser atribuido a su autor», en lenguaje ordinario no es éste su único significado, sino que puede tener un sentido más amplio. Por ejemplo, falta de correspondencia del contenido de un documento con la realidad.

risprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005». En aplicación de este Acuerdo, y con apoyo, entre otros argumentos, en el Proyecto de reforma del CP en esta materia —que será analizado inmediatamente—, el Tribunal Supremo, ha seguido manteniendo (aunque en este caso con dos votos particulares) el criterio según el cual la presentación de la denuncia o querrela interrumpe el plazo de prescripción del delito en su **STS 1329/09, 25-11**.

1.4.2. El nuevo art. 132.2 CP tras la LO 5/2010

1. El nuevo art. 132.2 CP, resultante de la reforma operada por la LO 5/2010, resuelve algunos de los más relevantes problemas aplicativos del precepto, y que acaban de ser apuntados. Dos son, en esencia, las aportaciones fundamentales del nuevo precepto: la previsión expresa de una **interpretación auténtica** del concepto «dirección del procedimiento al indiciariamente responsable»; y el reconocimiento a la presentación de la denuncia o querrela de un **efecto suspensivo** de la prescripción del delito.

2. En cuanto a la primera de estas dos contribuciones, por de pronto el nuevo art. 131.2 CP sustituye el término «*culpable*» por la expresión «**indiciariamente responsable**». Este cambio merece una **valoración positiva**. Como es lógico, cuando el Juez dirige el procedimiento contra alguien por primera vez, bien admitiendo a trámite una denuncia o querrela presentada contra él, bien acordando la incoación de Diligencias Previa contra el mismo, bien citándole a declarar como imputado, es evidente que el destinatario de dichos posibles actos de dirección del procedimiento en modo alguno podría ser acreedor del calificativo de «culpable» del delito investigado. Aunque en Derecho penal el tenor literal posible del concepto «*culpabilidad*» es enormemente amplio⁹⁴, entendido en un sentido estricto el empleo del mismo en el contexto que ahora nos ocupa podría ser, al menos desde una perspectiva formal, difícilmente compatible con el principio de presunción de inocencia que ampara a todo imputado.

⁹⁴ Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 8.ª ed., 2008, 20/23 ss.

3. En lo que respecta a la aclaración legal de cuándo debe entenderse que el «*procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta*», la LO 5/2010 dispone, en la primera de las reglas previstas en el nuevo precepto, que «*se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte **resolución judicial motivada** en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta*»⁹⁵. Como puede comprobarse, la LO 5/2010 no recurre —a diferencia de lo que sucede en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural⁹⁶— al empleo de un catálogo cerrado de actos procesales de dirección del procedimiento contra el culpable, generando, con ello, un considerable grado de inseguridad jurídica⁹⁷.

4. La reforma acoge, en relación con este particular, el criterio sobre interrupción de la prescripción delito sostenido por la doctrina jurisprudencial sentada en las ya mencionadas SSTC 63/2005, 14-2, y 29/2008, 20-2. Como ya se ha mencionado, dicha doctrina impugna la línea interpretativa del artículo 132.2 CP auspiciada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable al reconocimiento de eficacia interruptora a los actos de parte iniciadores del proceso. Así las cosas, de acuerdo con el nuevo art. 132.2 CP, para el interrupción de la prescripción del delito no basta con la simple presentación de la denuncia o la querrela, ni tampoco con su admisión a trámite a través de un auto judicial, sino que es necesario, al menos, que el Juez de Instrucción acuerde la apertura de la causa contra una persona determinada, o posterior-

⁹⁵ Negrita añadida.

⁹⁶ Entre los países en los que la determinación de los actos con genuina eficacia interruptora de la prescripción ha sido asumida plenamente por el legislador, que suministra al intérprete una lista cerrada de actos procesales relevantes a este respecto cabe destacar, por ejemplo, a Italia (art. 160 Código penal italiano), Suiza (art. 72.2. Código Penal suizo), Alemania (§ 78c StGB) y Portugal (art. 121 Código Penal portugués). Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, p. 61; CONSEJO FISCAL, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, p. 77.

⁹⁷ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, p. 62; CONSEJO DE ESTADO, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 26.

mente le dirija el procedimiento de otro modo, por ejemplo mediante la correspondiente citación judicial para declarar como imputado. Es preciso un **acto judicial de dirección del procedimiento contra un sujeto determinado**. La necesidad de que la interrupción se produzca como consecuencia de una resolución **judicial** priva de toda capacidad interruptora del plazo de prescripción del delito, por ejemplo, a la **orden de detención que puede dictar el Fiscal**⁹⁸.

5. En cuanto al **grado de determinación del sujeto** contra el que debe dirigirse el procedimiento para que se produzca la interrupción de la prescripción, el **nuevo art. 132.2.3.º CP** dispone que «a los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho». De tal regla pueden extraerse, al menos, **dos conclusiones**. La primera, que **no es precisa la determinación nominal del sujeto**, con lo que de inseguridad jurídica ello puede conllevar. La segunda, que la interrupción de la **prescripción no podrá alcanzar a sujetos ajenos a la organización** o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho y que, por tanto, no estuvieran determinados inicialmente⁹⁹. Cabe preguntarse, no obstante, si con respecto a la llamada **criminalidad organizada**, la exigencia de determinación del indiciariamente responsable no es, acaso, exagerada. Piénsese, por ejemplo, en todas aquellas causas en las que la investigación avanza a través del dictado de resoluciones sustanciales que, sin embargo, todavía no consiguen determinar a determinados sujetos (por ejemplo, los encargados de la dirección del aparato de poder organizado), y que, por ello, en aplicación del criterio adoptado por la reforma, carecerían de efecto interruptor¹⁰⁰.

⁹⁸ Prevista en el art. 5 Ley 50/1981, 30-12, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. A favor de una regulación específica de tales actos, a efectos interruptores o suspensivos se muestra, sin embargo, CONSEJO DE ESTADO, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 25.

⁹⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, p. 67.

¹⁰⁰ En palabras del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, pp. 72 s., «[I]a nueva exigencia

6. No obstante, que la presentación de la denuncia o la querrela carezcan de efectos interruptores de la prescripción del delito no significa que no puedan desplegar efecto alguno. Según el **nuevo art. 132.2.2.º CP**, «[n]o obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, **suspenderá el cómputo de la prescripción** por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia»¹⁰¹. Como es sabido, la diferencia entre la interrupción y la suspensión consiste en los siguiente: mientras que la primera impide el curso de la prescripción e inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo de aquélla, la suspensión de la prescripción paraliza ésta, no corre el tiempo para la misma, pero no inutiliza el ya transcurrido. De este modo, desaparecida la causa de suspensión, el cómputo del tiempo para la prescripción **continúa**, mientras que en la interrupción comienza de nuevo. La suspensión se condiciona al cum-

proyectada en el texto objeto de informe de que la persona que aparezca indiciariamente como penalmente responsable esté “determinada” limita más allá de lo razonable la validez a efectos prescriptivos de múltiples actos procesales que implican un impulso efectivo de la acción penal. Exigir que el proceso se dirija contra persona “determinada” redundará en beneficio precisamente de las estructuras criminales complejas y de quienes integran los mandos superiores de las mismas, cuya identificación plena está plagada de dificultades y normalmente se produce en las fases más tardías de la investigación. Como recuerda el Tribunal Supremo, si admitiéramos la igualdad de trato de los supuestos de delincuencia individual y de delincuencia organizada en materia de prescripción, «estaríamos concediendo un beneficio inaceptable a las modernas formas de delincuencia, tanto en su faceta de crímenes terroristas o de narcotráfico, como en los supuestos de delincuencia económica, cometida en el seno de las personas jurídicas societarias o valiéndose de ellas» (STS de 29 de julio de 2002). Desde la perspectiva político-criminal es recomendable, por tanto, que la norma prevea un régimen jurídico específico para delitos cometidos en el seno de colectivos u organizaciones, en el que se relativice la exigencia de determinación de las personas contra las que se dirige el procedimiento, bien por tratarse de un círculo cerrado de personas que pueden haber intervenido en los hechos, bien por estar dirigido el proceso contra los integrantes de una colectividad u organización determinadas, o bien por tener las personas innominadas conexión directa con los hechos objeto de la instrucción». En idéntico sentido CONSEJO DE ESTADO, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 67.

¹⁰¹ Negrita añadida. La inclusión de la cláusula final «a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia» procede de una sugerencia del CONSEJO DE ESTADO, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 134.

plimiento de **tres requisitos**: que la *notitia criminis* se formalice mediante denuncia o querrela; que la determinación del sujeto imputado sea concreta; y, finalmente, que se presente ante un órgano judicial, sea competente o no para el esclarecimiento de los hechos¹⁰².

7. La **convivencia de suspensión e interrupción** de la prescripción del delito prevista por la reforma no es en absoluto extraña en los ordenamientos jurídicos de nuestro contexto de cultura. No obstante, en el caso de la LO 5/2010 parece evidente que la finalidad de tal convivencia no es otra que tratar de solucionar —en palabras de la E. de M. del Anteproyecto 2009— «disparidad de los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en recientes pronunciamientos», con la pretensión última de «aumentar la seguridad jurídica»¹⁰³. Que la LO 5/2010 persiga zanjar la mencionada controversia jurisprudencial, al tiempo que restablecer la seguridad jurídica en el ámbito de la interrupción de la prescripción, no significa, sin embargo, que lo haya conseguido¹⁰⁴.

8. Es probable que la LO 5/2010 persiga adoptar el criterio del Tribunal Constitucional y, al mismo tiempo, evitar una de las principales objeciones que contra el mismo se ha formulado: que la prescripción de los delitos se produzca por inactividad judicial, como consecuencia de que, después de presentada la denuncia o la querrela, el Juez de Instrucción se demore indebidamente en dictar el Auto de admisión a trámite de la misma y la corres-

¹⁰² Lo recuerda el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, p. 74.

¹⁰³ Insiste en la cuestión el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, pp. 75 s.: «*Esta modificación parece ser un intento por conciliar las tesis enfrentadas sostenidas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional a las que se ha hecho antes mención, pues, por una parte, asume los argumentos que invoca la jurisprudencia del Tribunal Supremo para retrotraer el momento de la imputación a la presentación de la denuncia o querrela, mientras que, por otra, establece un supuesto legal que evitaría el exceso interpretativo, proscrito por el Tribunal Constitucional, de lo que ha de entenderse por «procedimiento dirigido contra el culpable».* En la misma dirección CONSEJO DE ESTADO, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p.130.

¹⁰⁴ GÓMEZ MARTÍN, El Economista, 29-12-08; EL MISMO, «La prescripción del delito: ¿Es posible cuadrar el círculo?», Legal Today, 4-1-2010 (<http://www.legaltoday.com/opinion/blogs/blog-gf/la-prescripcin-del-delito-es-posible-cuadrar-el-crculo>).

pondiente incoación de Diligencias Previas¹⁰⁵. Pese a lo loable de este propósito, lo cierto es que, salvo supuestos excepcionales, la práctica forense cotidiana demuestra que, afortunadamente, los Jueces de Instrucción no incurrir en dilaciones indebidas tan graves en la admisión a trámite de denuncias y querellas. Además, si lo que pretende el Anteproyecto es contribuir al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, puede concluirse razonablemente que lo que acabaría consiguiendo la reforma en caso de prosperar sería, precisamente, lo contrario. Ciertamente, si uno de los objetivos perseguidos por la reforma es que los Juzgados de Instrucción resuelvan la admisión o inadmisión a trámite de las denuncias y querellas sin incurrir en dilaciones indebidas, la consagración del criterio de la suspensión de la prescripción con la presentación de la denuncia o la querella produciría en el Juez de Instrucción el pernicioso efecto de liberarle del deber de resolver con celeridad sobre la admisión a trámite de la denuncia o la querella, a fin de evitar la prescripción del delito. Desde el punto de vista del **correcto funcionamiento de la Administración de Justicia** y el principio de celeridad procesal, la reforma será, por tanto, **contraproducente**¹⁰⁶.

9. Según la reforma, en caso de que la denuncia o la querella no sean admitidas a trámite, el cómputo del plazo de prescripción no empieza a computar nuevamente desde el principio, sino que continúa desde el día de la presentación de la denuncia o la querella. La presentación de la denuncia o la querella, por tanto, no **interrumpe** el plazo de prescripción, sino que se limita a **suspenderlo**. Con ello, la reforma trata de encontrar el punto de equilibrio entre el criterio del Tribunal Constitucional y el del Tribunal Supremo. No obstante, tal medida tendrá escasa relevancia práctica, ya que los casos en los que una denuncia o querella no se admite a trámite no son, en absoluto, la regla, sino la excepción. Además, el legislador reformista dispone que el plazo suspendido vuelva a ser computado «una vez que el órgano judicial correspondiente no la admitiese a trámite». ¿Cómo deberán resolverse, entonces, los nada infrecuentes supuestos en los que el Juez de Instrucción, en lugar de

¹⁰⁵ GÓMEZ MARTÍN, El Economista, 29-12-08; EL MISMO, Legal Today, 4-2-10 (<http://www.legaltoday.com/opinion/blogs/blog-gf/la-prescripcin-del-delito-es-posible-cuadrar-el-crculo>).

¹⁰⁶ GÓMEZ MARTÍN, El Economista, 29-12-08; EL MISMO, Legal Today, 4-2-10.

inadmitir a trámite la denuncia o la querrela, la admita, aunque acordando, de forma simultánea y en la misma interlocutoria, el **sobreseimiento provisional de las actuaciones**?¹⁰⁷.

10. El tenor del nuevo art. 132.2.^a CP prosigue indicando que «si dentro de dicho plazo (scil. seis meses para los delitos y dos para las faltas) se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia». Como correctamente indicó el Consejo de Estado en su informe, dicha redacción es incompleta, ya que es obvio que si se dicta una resolución «contra cualquier persona implicada en los hechos», la aplicación retroactiva de la interrupción de la prescripción sólo se producirá **respecto de esa misma persona**, pero no respecto del querrellado o el denunciado¹⁰⁸.

2. SUSTITUYE P. 761, N.º MARG. 47: MODIFICACIONES EN LA REGLA DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA PENA

El art. 133.2 CP, incorporado por la LO 5/2010, declara la **imprescriptibilidad de las penas** impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Como consecuencia de la LO 5/2010, y en correspondencia con lo previsto para la imprescriptibilidad de determinados delitos en el art. 131.4 CP, la regla de la imprescriptibilidad de la pena se amplía a las impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieren causado la muerte de una persona. Igualmente, se excluye del régimen a la pena prevista para el delito recogido en el art. 614 CP.

¹⁰⁷ GÓMEZ MARTÍN, El Economista, 29-12-08; EL MISMO, Legal Today, 4-2-10.

¹⁰⁸ CONSEJO DE ESTADO, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p.134.

VII. ACTUALIZACIÓN DE LA LECCIÓN 34

1. SUSTITUYE P. 771, N.º MARG. 26-38: LA NUEVA MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA (ART. 96.3.ª CP)

1. Tras la LO 5/2010, el sistema de medidas de seguridad privativas de libertad permanece **inalterado**. No ocurre lo mismo, en cambio, con las medidas de seguridad no privativas de libertad. Tras la reforma, las medidas de seguridad no privativas de libertad que pueden imponerse son (art. 96.3 CP):

1.ª La inhabilitación profesional.

2.ª. La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.

3.ª La libertad vigilada.

4.ª La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

5.ª La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

6.ª La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

2. Especial relevancia tiene, a este respecto, la incorporación al Código penal de una nueva **medida de seguridad no privativa de libertad: la libertad vigilada** (art. 96.3.ª CP)¹⁰⁹. La nueva medida, presente en otros ordenamientos de Derecho comparado (Alemania, Italia, EEUU) y largamente reclamada por un sector doctrinal¹¹⁰, nace con la vocación de constituir una medida de

¹⁰⁹ La naturaleza jurídica de la libertad vigilada como medida de seguridad fue incorporada al Proyecto de Reforma del Código penal de 2009, pero no se hallaba presente, sin embargo, en el Anteproyecto presentado en el Consejo de Ministros de 14-11-08, en el que la medida que nos ocupa tenía la consideración de pena privativa de otros derechos.

¹¹⁰ Claro reflejo de tal reclamación es, por ejemplo, la Recomendación 7 de la Comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves («Comisión Mena»): «Por otro lado, hoy en día no se dispone, a nivel legislativo, de instrumentos de control posteriores

seguridad aplicable no sólo a inimputables o semiimputables, sino **también a imputables peligrosos de criminalidad grave** con posterioridad al cumplimiento de una pena privativa de libertad. Después de la reforma, la libertad vigilada se convierte en la **única medida de seguridad aplicable tanto a imputables como a inimputables y semiimputables**. En el caso de los primeros, la libertad vigilada podrá durar hasta diez años, en el de los segundos hasta cinco¹¹¹.

3. Su **fundamento** debe verse en la necesidad de articular soluciones adicionales a la pena en supuestos de especial gravedad en los que la pena no resulta suficiente para excluir un elevado riesgo de reincidencia con el objeto de garantizar razonablemente la seguridad del resto de ciudadanos¹¹².

4. En su actual configuración, la libertad vigilada supone, en esencia, una **refundición de medidas no privativas de libertad** existentes con anterioridad, junto a algunas reglas de conducta u obligaciones de nuevo cuño¹¹³. De este modo, desaparecen como medidas autónomas las previstas en los art. 96.3.3.^a, 4.^a, 5.^a, 9.^a, 10.^a, 11.^a y 12.^a CP, que pasan a integrarse como reglas de conducta, junto a otras medidas nuevas, en la localización permanente. Subsisten de forma autónoma las restantes medidas de seguridad no privativas de libertad.

a la liberación definitiva del penado. La Comisión propone la reforma del Código penal en el sentido de añadir la vigilancia de conducta entre las medidas que puede acordar el juez o tribunal a la hora de dictar sentencia condenatoria. La vigilancia de conducta o libertad vigilada, dada su naturaleza material más próxima a las medidas de seguridad, podría ser, en su caso, adoptada bajo la fórmula de las penas accesorias, ya existente en el Código penal. Dicha medida, que se impondría junto con la pena correspondiente al tipo de delito cometido, debería estar prevista legalmente de forma limitada en una lista determinada de delitos y sometida a límites precisos de duración en función de la gravedad del delito. La concreción de las obligaciones que se impondrían al condenado debería dejarse en manos del órgano judicial competente».

¹¹¹ En el Anteproyecto 2008, la duración máxima prevista para la libertad vigilada era ampliamente superior a la actual: veinte años. Tal circunstancia fue motivo de duras críticas doctrinales. Vid. a este respecto, y sin ánimo de exhaustividad, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Manifiesto sobre el endurecimiento del sistema de sanciones: nuevas penas y medidas restrictivas de derechos*, 2009, p. 3 (http://www.gepc.es/index.php?mod=galeria&accion=ver_noticia&id=205/libertad_vigiladamanifiestoDEF15-09=10.doc).

¹¹² URRUELA MORA, «Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada», en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 30/7372.

¹¹³ URRUELA MORA, en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 30/7360.

5. Los dos supuestos en los que se prevé la aplicación de la libertad vigilada a sujetos imputables se hallan previstos en los **arts. 192.1** (delitos contra la libertad sexual) y **579.3 CP** (delitos de terrorismo). En ambos preceptos, el legislador reformista establece que a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos contra la integridad e indemnidad sexuales o de terrorismo se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será **de cinco a diez años**, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un **delincuente primario**, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor. Llama la atención la heterogeneidad de ambas tipologías de delincuentes (sexuales *versus* terroristas), así como la ausencia de otras tipologías de delincuentes hipotéticamente idóneos en relación con la medida que nos ocupa (p. ej., violencia de género)¹¹⁴. Por lo demás, teniendo en cuenta que en los delitos de terrorismo pueden ser impuestas penas de prisión de hasta 40 años, la imposición de una medida de seguridad de libertad vigilada de cumplimiento posterior cuya duración fuera de hasta 10 años podría ser difícilmente compatible con la **finalidad resocializadora de penas y medidas de seguridad** (art. 25.2 CE)¹¹⁵.

6. Según la doctrina, por «*delincuente primario*» a tales efectos debe entenderse todo aquel sujeto que: a) no haya sido condenado con anterioridad por la comisión de un delito; b) haya sido condenado por algún delito de distinta naturaleza; c) haya sido condenado por un delito contra la libertad sexual o de terrorismo, pero sus antecedentes penales ya se encuentren cancelados¹¹⁶.

7. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a **control judicial** mediante el cumplimiento (en su caso cumulativo) de alguna de las siguientes reglas de conducta (**art. 106.1 CP**):

¹¹⁴ URRUELA MORA, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 30/7360.

¹¹⁵ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Manifiesto sobre el endurecimiento del sistema de sanciones: nuevas penas y medidas restrictivas de derechos*, 2009, p. 3 (); URRUELA MORA, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 30/7360 y 7438.

¹¹⁶ URRUELA MORA, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 30/7438.

a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.

c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

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

e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.

h) La prohibición de residir en determinados lugares.

i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

8. Atención especial merece la **obligación de estar siempre localizable** (art. 106.1 a) CP). Se trata de una regla de conducta de nuevo cuño. De modo análogo a lo dispuesto en el art. 48.4 CP, la localización del sujeto se realizará *«mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente»*. El precepto parece referirse a la aplicación de la tecnología GPS (Global Positioning System). No, en cambio, a sistemas de contacto programado o sistemas de monitorización mediante radiofrecuencia, que única-

mente permiten detectar presencias o ausencias domiciliarias, pero no la localización permanente del sujeto¹¹⁷.

9. También constituye regla de conducta de nuevo cuño la prevista en el art. 106.1 i) CP, consistente en la **prohibición de desempeñar determinadas actividades**. El fundamento de la medida es evitar la realización por parte del sujeto de determinadas actividades que pueden facilitarle la comisión de hechos delictivos. Así, por ejemplo, cuando la medida sea impuesta a un sujeto condenado por un delito contra la libertad sexual con víctima menor de edad, la medida podría consistir en la prohibición de realizar actividades que impliquen un contacto directo con menores, como hacer de monitor de actividades extraescolares, entrenador deportivo, etc.¹¹⁸.

10. Por lo que hace a la **obligación de seguir tratamiento médico externo o de someterse a un control médico periódico** (art. 106.1 k CP), cuando se trate de un sujeto imputable será preciso el **consentimiento**, de conformidad con lo previsto en el art. 8 Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. De modo correlativo, el rechazo del tratamiento no dará lugar a un delito de quebrantamiento de condena (art. 100.3 CP).

11. El **procedimiento** de imposición de la libertad vigilada a sujetos imputables se halla previsto en el **art. 106.2 CP**. De acuerdo con este precepto «el Juez o Tribunal deberá imponer **en la sentencia** la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código. En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el **Juez de Vigilancia Penitenciaria**, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al **Juez o Tribunal sentenciador**, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obliga-

¹¹⁷ URRUELA MORA, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 30/7360.

¹¹⁸ URRUELA MORA, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 30/7360.

ciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado. Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas. Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá **de manera sucesiva**, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente»¹¹⁹.

12. El Juez o Tribunal podrá **modificar** en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas (art. 106.3 a) CP); **reducir** la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas (art. 106.3 b) CP); o **dejar sin efecto** la medida (art. 106.3 c) CP), en función del posible pronóstico reinserción del sujeto. Para ello deberá tenerse en cuenta la evolución del sujeto y la probabilidad de reiteración delictiva.

13. Por lo que hace al **incumplimiento** de una o varias reglas de conducta, el **art. 106.4 CP** dispone que «[e]n caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código».

2. SUSTITUYE P. 775, N.º MARG. 68: NOVEDADES EN MATERIA DE COMISO (ART. 127 CP)

1. La LO 5/2010 introduce **nueva regla para el comiso en supuestos de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o gru-**

¹¹⁹ Negrita añadida.

po criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. La regla se halla recogida en el **art. 127.1, párr. 2.º CP**: «El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas». Como medida complementaria, se crea la **Oficina de Recuperación de Activos** (art. 367 LECrim. septies)¹²⁰.

2. Además, la reforma trae consigo una nueva **regla sobre el comiso en casos de delito imprudente**. Dispone a este respecto el **art. 127.2 CP**: «En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar». La regla da cumplimiento a la Decisión Marco 2005/212/JAI, relativo al decomiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

3. SUSTITUYE PP. 776 S., N.º MARG. 70-81: NUEVO CONTENIDO DEL ART. 129 CP

Con el nuevo régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica se redefine el ámbito de aplicación art. 129 CP, que queda circunscrito a los casos de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas **que, por carecer de personalidad jurí-**

¹²⁰ Llama la atención sobre este extremo CEREZO DOMÍNGUEZ, «Comiso», en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 33/7936.

dica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código (art. 129.1 CP). En tales casos, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. Según el nuevo art. 129.2 CP, «las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas». De acuerdo con el apartado 3.º del precepto, «la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7».

