

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 10

Algunas cuestiones relativas a las reformas de derecho penal y procesal penal

*Juan Mateo Ayala García / Juan Ignacio Echano Basaldua /
Isabel Valldecabres Ortiz / Julián Carlos Ríos Martín / Rosa Serreta Pesquera /
José Manuel Ortiz Márquez / Ángel Sanz Morán / Xabier Etxebarria Zarrabeitia /
Ignacio José Subijana Zunzunegui / Joaquín Giménez García /
Carmen Adán del Río / María José Martínez Sainz*

Cuadernos penales

José María Lidón

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 10

Algunas cuestiones relativas
a las reformas de derecho penal
y procesal penal

Juan Mateo Ayala García
Juan Ignacio Echano Basaldua
Isabel Valdecabres Ortiz
Julián Carlos Ríos Martín
Rosa Serreta Pesquera
José Manuel Ortiz Márquez
Ángel Sanz Morán
Xabier Etxebarria Zarrabeitia
Ignacio José Subijana Zunzunegui
Joaquín Giménez García
Carmen Adán del Río
María José Martínez Sainz

Bilbao
Universidad de Deusto
2014

Consejo Asesor:

Adela Asúa Batarrita
Alfonso Aya Onsalo
Juan Mateo Ayala García
Juana Balmaseda Ripero
Itziar Casanueva Sanz
María Soledad Gil Nobajas
Inmaculada de Miguel Herrán
Miren Ortubay Fuentes
José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo
Federico Ruiz de Hilla Luengas
Reyes San Emeterio Peña

Director:

Juan Ignacio Echano Basaldua

Secretario

Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-15759-41-6
Depósito Legal: BI - 1025-2014

Índice

Presentación <i>Juan Mateo Ayala García / Juan Ignacio Echano Basaldua</i>	9
Consideraciones generales sobre las reformas atinentes a las penas <i>Isabel Valdecabres Ortiz</i>	13
La pena de prisión permanente revisable. La suspensión y sustitución de las penas <i>Julián Carlos Ríos Martín</i>	21
Normas relativas a la determinación de la pena, a los concursos de delitos y al delito continuado <i>Rosa Serreta Pesquera</i>	63
La prescripción y el comiso <i>José Manuel Ortiz Márquez</i>	81
La reforma de las medidas de seguridad <i>Ángel José Sanz Morán</i>	103
Medidas de seguridad: presupuestos de su aplicación. Nuevas medidas de seguridad «adlictuales». Acumulación de penas y medidas. Problemas de la ejecución <i>Xabier Etxebarria Zarrabeitia</i>	125
La expansión de la libertad vigilada y el vaivén de la custodia de seguridad en el Proyecto de 2013 <i>Ignacio José Subijana Zunzunegui</i>	155

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-41-6, núm. 10/2014, Bilbao, págs. 7-8

El recurso de casación penal. Origen y caracteres. Su futuro Joaquín Giménez García	181
La instrucción por el Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías <i>Carmen Adán del Río</i>	205
Intromisiones en la esfera de los derechos fundamentales <i>María José Martínez Sainz</i>	225

Presentación

Juan Mateo Ayala García

Magistrado. Audiencia Provincial de Bizkaia

Juan Ignacio Echano Basaldua

Profesor de Derecho Penal. Universidad de Deusto

1. En este volumen de los *Cuadernos penales* se recogen las intervenciones habidas en las *X Jornadas de Derecho penal en homenaje a José María Lidón*, celebradas los días 6 y 7 de noviembre pasado bajo los auspicios del Consejo General del Poder Judicial y el Departamento de Administración pública y Justicia del Gobierno Vasco bajo el título «Algunas cuestiones de derecho penal y procesal penal».

Una vez más se hace realidad el propósito inicial de mantener viva la memoria de José María, profesor, magistrado y amigo, y de que esta memoria sea un punto de encuentro de quienes desde cualquier profesión relacionada con el Derecho penal compartimos el anhelo por un Derecho penal que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad. Mantener viva la memoria de José María y de las demás víctimas del terrorismo ya no es, como era antes y recordaba Adela Asúa, una forma de resistencia ciudadana frente a su barbarie dirigida a someterlos, ni tampoco una forma de mostrar nuestro acompañamiento a los más directamente dañados y amenazados por él. Desde hace más de dos años ETA ha suspendido su actividad terrorista, pero ello no hace menos necesaria la memoria de las víctimas. Esta es memoria de su sufrimiento injusto, de que determinadas personas padecieron unos actos contrarios a toda justicia realizados por ETA con el fin de imponer sus ideas políticas mediante el terror; y presupone, por tanto, la verdad, es decir, el conocimiento cabal de tales actos y sus circunstancias así como de los intervinientes en ellos; y también presupone la justicia, que determina de forma indubitada la contrariedad a la ley de semejantes actos y la responsabilidad de quienes los cometieron. Esta memoria debe iluminar el camino de la convivencia en el futuro, que en todo caso tiene que arrinconar definitivamente la violencia

como forma de intervenir en la vida social para excluir a unos y someter a otros por razones políticas o de cualquier otro orden. La memoria de las víctimas es el recordatorio del necesario respeto de los derechos humanos para una convivencia pacífica.

2. No es novedad afirmar que la justicia penal está en proceso de reforma. El Código penal ha sufrido casi treinta modificaciones desde su entrada en vigor y está tramitándose un nuevo Proyecto de ley orgánica de reforma del Código penal —publicado en el BOCG con fecha de 4 de octubre de 2013—, cuyo artículo primero propone doscientas cuarenta modificaciones. Asimismo se prevé en el ámbito procesal un cambio radical, ya que se ha elaborado un nuevo texto llamado a sustituir a la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal con la consiguiente cascada de modificaciones en otras normas, si bien tampoco este ha llegado a la fase de proyecto. Por ello no ha resultado fácil elegir el objeto de unas jornadas como estas.

En el ámbito del Derecho penal la reforma proyectada es extensa e intensa. Continúa la línea de transformación y endurecimiento de la política criminal del Código Penal de 1995: creación de nuevos delitos y ampliación del ámbito de otros ya existentes, introducción de nuevas penas junto al incremento de las previstas para buen número de delitos y las mismas reformas respecto de las medidas de seguridad, al tiempo una flexibilización de las garantías. Todo ello a pesar de la ausencia de incrementos relevantes de criminalidad y de un número de reclusos comparativamente superior al de los países de nuestro entorno y a pesar también de las importantes críticas, me atrevería a decir, a pesar del acertado posicionamiento en contra de la doctrina mayoritaria. Nada tiene de extraño, por tanto, que se haya afirmado «que estamos ante un salto quizás cualitativo, hacia una política criminal todavía más populista, coyuntural e irracional que aquella a la que estábamos acostumbrados desde hace poco más de tres lustros» (Díez Ripollés).

De entre todo el cúmulo de reformas proyectadas optamos por centrar el curso en algunas que tendrían relevancia en la actividad ordinaria de los órganos jurisdiccionales: la repercusión de la supresión de las faltas o de su transformación en delitos leves —ponencia que lamentablemente no hemos podido publicar—; algunas reformas atinentes a las penas como son la inclusión de la prisión permanente revisable, la nueva regulación tendente a la unificación de la suspensión y sustitución de la prisión y de la libertad condicional, las modificaciones en las normas relativas a la determinación de la pena, a los concursos de delitos, al delito continuado, a la pena de comiso y, aunque se trata de materia diferente, a la prescripción; y, por último,

la reforma de las medidas de seguridad, prestando especial atención a las relevantes variaciones en los presupuestos de su aplicación y en la acumulación de penas y medidas de seguridad, así como a las nuevas medidas que se han introducido: libertad vigilada y custodia de seguridad.

3. En el aspecto procesal de las Jornadas, al momento de escribir estas líneas ha sido oficialmente abandonada la intención de presentar una reforma completa del ordenamiento procesal penal. No obstante esta decisión, ha sido útil reflexionar sobre algunos de los aspectos más destacados del texto articulado alumbrado por la comisión de expertos del Ministerio de Justicia.

En el trascurso de las ponencias, de las intervenciones y de los debates, quedó clara la urgencia de abordar de forma sistemática la sustitución del viejo orden por otro nuevo acorde con el tiempo constitucional presente. La idea de que la mayoría de la realidad procesal es oculta, dispersa en la Jurisprudencia europea, constitucional y ordinaria, planea sobre el quehacer de los Tribunales socavando gravemente el principio de legalidad.

Los temas concretos objeto de estudio durante las Jornadas han sido: la comparación de las grandes instituciones procesales en la forma en que aparecían reguladas en los textos prelegislativos en los últimos años y el recurso de apelación (actual y futuro) y sus avatares en la Jurisprudencia Constitucional; y —ya en la mesa redonda— el recurso de casación, la configuración del Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías, y la regulación de las intromisiones en los derechos fundamentales.

Aunque el tiempo siempre es insuficiente, las Jornadas han sido ocasión para poner de relieve la inaplazable (pero ya aplazada) necesidad de que el legislador establezca el marco de juego para un enjuiciamiento criminal con todas las garantías en una sociedad democrática del siglo xxi.

4. Hacemos público el agradecimiento a las Instituciones que han hecho posible una edición más de las Jornadas y su posterior publicación en esta Revista —Consejo General del Poder Judicial, Gobierno Vasco, Universidad de Deusto—, así como a los ponentes y asistentes.

Consideraciones generales sobre las reformas atinentes a las penas

Isabel Valldecabres Ortiz

Profesora de Derecho Penal. Universidad Carlos III

I. Introducción

Me corresponde la tarea de moderar esta mesa redonda en la que se abordarán aspectos muy relevantes del Proyecto de Ley publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 4 de octubre de 2013 que pretende reformar el Código Penal. En este caso se trata de la parte general del Código Penal y en concreto de las penas y su determinación y aplicación. Hay otra sesión dedicada a las medidas de seguridad, materia que incluye propuestas de reforma también muy importantes.

Y lo primero que cabría decir es, precisamente, que tras una profunda reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 que entró en vigor en diciembre de 2010, es llamativo que vuelva a abordarse una reforma del Código de contenidos tan amplios y que afecta a materias tan decisivas como esta apenas tres años después de su aprobación.

Estamos acostumbrados, cada vez más, a que los compromisos internacionales derivados de convenios o la aprobación y necesidad de trasposición de directivas europeas exijan una revisión de nuestra legislación penal cada cierto tiempo. Sin embargo, no es el caso de la materia que nos ocupa. La reforma obedece a otros motivos, pero no es desde luego a ese. Y por lo que el legislador declara en la exposición de motivos parece que se pretende mejorar la eficacia y la confianza del sistema. Textualmente se dice:

La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión per-

manente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada; y la revisión de la regulación del delito continuado.

Junto con ello, se afrontan dos reformas que están orientadas a incrementar la eficacia de la justicia penal: de una parte, se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, y se introduce un nuevo sistema, caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas, que introduce mayor flexibilidad y eficacia.

Junto a lo que se comentará que es objeto de reforma, habría que hacer referencia, sobre todo, a lo que se echa en falta en la reforma. Me refiero a aquellos problemas de política criminal que desde luego no requieren solo ni principalmente de un abordaje penal, pero si cuentan, a mi modo de ver, con una mayor justificación que algunos, la mayoría de los que se dicen necesarios por el prelegislador. Por ejemplo, muchas de las conductas que han procurado, favorecido o facilitado el actual desastre económico y social que se vive en España no han sido detectadas, prevenidas ni hay visos de que vayan a ser sancionadas no solo por el sistema penal, sino por mecanismo de control alguno. La desregulación del sistema económico con incidencia masiva en ciudadanos que han adquirido productos financieros sin respaldo alguno de solvencia, de alto riesgo, no ha merecido una sola reflexión sobre la tutela de los consumidores. Tampoco la eventual imposición de condiciones laborales que restringen o suprimen los derechos reconocidos a los trabajadores. La gestión desastrosa de sociedades e instituciones financieras en las que los beneficios obtenidos por sus directivos son directamente proporcionales a las pérdidas que justifican expedientes de regulación de empleo y hasta la desaparición de las mismas o la socialización de sus pérdidas mediante un rescate que pagamos todos los ciudadanos. O la conducta delictiva de responsables políticos de todos los partidos a quienes ni siquiera penalizan las urnas y, con ello, reclaman que el poder judicial no intervenga cuando la voluntad popular les ha «perdonado» cuando no «legitimado». Tampoco en el ámbito urbanístico las cosas han ido mejor: parece haberse diluido toda diferencia entre lo público y lo privado, la Ley del Suelo de 2003 convirtió todo suelo en urbanizable y a los entes locales en auténticas unidades de recaudación, que se vieron asaltados, por lo demás, de constructores y promotores inmobiliarios. Todos estos asuntos no han sido vistos como problemas relevantes desde el punto de vista de la criminalidad, o sencillamente como problemas.

II. Algunas reformas atinentes a las penas

En relación con la prisión permanente revisable, que se dice reservada a supuestos excepcionalmente graves, hemos de decir en primer lugar que supone la introducción de facto de la cadena perpetua, algo que nuestro sistema históricamente ha descartado desde siempre (y no me refiero solo al Código penal vigente, sino incluso al de 1973). Cuando el legislador menciona otros ordenamientos europeos en los que se prevé esta pena, debemos tener en cuenta que su regulación concreta difiere considerablemente de la que se propone en la reforma. Difere porque la nuestra es más dura, desde luego. En segundo lugar porque su introducción va precedida de un nulo estudio crítico sobre su idoneidad, impacto, necesidad, en definitiva, sobre la justificación que requeriría una decisión tan trascendental que pretende, nada menos, que mejorar la confianza en el sistema.

Más bien parece que la voluntad del gobierno es sencillamente responder mediante un incremento notable de la pena para ciertos casos de asesinato que han producido recientemente un considerable rechazo social. Respuesta contundente a casos concretos, pero casos, al fin, ya acaecidos y difícilmente susceptibles de prevenir en el futuro y aun menos mediante esta reacción de exacerbación punitiva. Recurso a semejante pena de nula eficacia y tan obvio que no merece mucha más explicación. Por cierto, la introducción de una nueva modalidad de asesinato que es un homicidio cometido en concurso medial con otro delito o por auto encubrimiento no parece técnica ni político criminalmente una solución acertada, más bien producirá problemas penológicos importantes. Esta circunstancia se introdujo en el Código penal alemán en 1941 y hay un consenso generalizado en torno a que la presencia de estos móviles o finalidades no es indicativa de una mayor gravedad que justifique tamaña elevación punitiva frente al homicidio (entre 15 y 25 años de prisión).

Las circunstancias que obligan (no solo permiten) a imponer esta nueva pena en casos de asesinato son las siguientes:

- 1.^a Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad física o mental.
- 2.^a Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.
- 3.^a Que del delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

Y, por último. Que sea condenado por asesinato de más de dos personas.

Escaso margen de confianza en el arbitrio judicial, como vemos exhibe el prelegislador, pues no deja al criterio de las circunstancias concretas la imposición de esta pena o la alternativa —que no es precisamente un regalo— de imponer la prisión por tiempo de hasta 25 años. Y llama también la atención que la concurrencia en un homicidio de esas tres primeras circunstancias abra paso a la imposición de la pena de prisión permanente cuando ni siquiera darían paso a la calificación de la conducta como de asesinato, diga lo que diga la exposición de motivos al referirse a su previsión para casos de asesinato.

Y quizás para que la imposición de esta prisión permanente revisable no quede singularizada en esos casos, se ha previsto su imposición en otros con los que el anterior no guarda el más mínimo parecido ni entidad (homicidio del jefe del estado, genocidio o delitos de lesa humanidad, siendo para estos últimos de difícil o nula aplicabilidad en tanto su perseguibilidad internacional se va a eliminar en la práctica tras la reforma operada en el art 23 LOPJ).

Y por si acaso quedara un resquicio para la esperanza rehabilitadora del condenado, recordemos que el nuevo art. 140 bis prevé la posibilidad de imposición a los condenados por delitos de homicidio o asesinato la medida de libertad vigilada posterior al cumplimiento de la pena. Y estamos hablando de un país donde la tasa de homicidios es de las más bajas de Europa (0,9 por cien mil habitantes, solo por delante de Alemania (0,86) y Austria (0,51) —datos 2010—.

III. Suspensión, sustitución de la prisión y libertad condicional

No me corresponde en presencia de los ponentes, entrar con detalle a valorar las cuestiones que ellos abordarán a continuación. Pero si quisiera hacer un par de referencias generales respecto de la cuestión de la propuesta de unificación de la suspensión y la sustitución de la prisión. La idea de unificar suspensión y sustitución de pena de prisión puede ser compartida, en cuanto da mayor coherencia a dos instituciones con propósitos similares, y porque su solicitud, examen y decisión frecuentemente requiere de dos procedimientos paralelos sobre un mismo objeto y sujeto que no hacen sino duplicar esfuerzos y dilatar la decisión sobre su procedencia o, por el contrario, la conveniencia de que la pena se ejecute y cumpla cuanto antes. No obstante lo anterior, hay que verificar si la unificación no implica un endurecimiento generalizado de los requisitos que, con fundamento, difieren en uno u otro caso dadas las distintas consecuencias que la apreciación de una y otra medida alternativa de cumplimiento acarrea. Y así, se ha valorado

negativamente por algunos autores que se traslade al régimen general de suspensión la actual prohibición de sustitución en delincuentes habituales. O que quepa la revocación retroactiva de la suspensión cuando se condene, dentro de cierto plazo tras concluir el periodo de suspensión, al sujeto por delito cometido antes de iniciarse la suspensión.

Por último, decir que la conversión de la libertad condicional en suspensión de la pena supone transformar la cuarta fase del régimen penitenciario progresivo en una pena alternativa a la prisión, lo que no responde al fundamento de la libertad condicional. Tenemos una tasa de condenados disfrutando de libertad condicional de las más bajas de Europa.

IV. Normas relativas a la determinación de la pena, a concursos de delitos y al delito continuado

La modificación operada en el art 76.2 del Código Penal que establece una nueva regla de acumulación y límite de cumplimiento de penas al eliminar la referencia a la conexión de los delitos, impedirá de facto la refundición, haciendo que las penas se cumplan de forma separada unas de otras, por el orden de su respectiva gravedad, prolongando en todo caso, el tiempo de estancia en vigor.

La nueva regla para el caso de continuidad delictiva establecida en el art. 74 del Código Penal resulta de difícil comprensión, por cuanto sienta un marco punitivo cuyo mínimo quedaría en un solo día por encima de «la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave» (¿Qué es la «pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto»? Y en cuanto al máximo, permite resultados enormemente desproporcionados, al acumular la suma de los castigos separados de las infracciones, sin que esta «pena única» se vea limitada por los criterios previstos en el art. 76 del Código Penal (que, al no modificarse en el texto del Proyecto, sigue refiriéndose sólo al «artículo anterior», sin extender su eficacia al ámbito del art. 74) cuando el nuevo régimen punitivo que el Proyecto propone para éste lo exigiría lógicamente.

Un ejemplo de cómo es fácil aventurar que lo que comienza siendo una excepcionalidad se va convirtiendo en normalidad es el régimen de cumplimiento íntegro establecido en el art. 78 del Código Penal. En 2003 se da una vuelta de tuerca que en el Proyecto de 2013 se consolida y amplía desde los delitos de terrorismo o grupos criminales hasta todos aquellos que permiten la imposición de la prisión permanente revisible. El siguiente paso será la ampliación del catálogo de supuestos

de delito en que se impondrá la prisión permanente revisable, de manera que al final se excluirá la posibilidad de modular el cumplimiento de la condena en los delitos más gravemente penados, con independencia de la evolución del penado y al margen de los fines a que constitucionalmente están llamado dicho cumplimiento.

V. Pena de comiso. Prescripción

En materia de prescripción la supresión de las faltas ha provocado que su común entendimiento como delitos leves lleve aparejada la prolongación de los tiempos de prescripción desde los seis meses al año. Junto a ello, y no menos importante, el nuevo art. 134 añade como importantes supuestos de suspensión del cómputo de prescripción de la pena la suspensión de su ejecución y los supuestos de cumplimiento sucesivo en casos de imposibilidad de su cumplimiento simultáneo.

Finalmente, se establecen plazos específicos para la cancelación de antecedentes de determinados delitos: terrorismo, homicidio doloso, asesinato, contra la libertad e indemnidad sexual, contra la salud pública, tenencia, tráfico y depósito de armas y pertenencia a organización criminal. La razón de ser de esta prolongación temporal de los antecedentes penales una vez cumplida o extinguida la pena no se alcanza a explicar ni por razón de gravedad ni de singularidad político criminal alguna.

Por lo que respecta al comiso, cabe reiterarse lo dicho anteriormente: la excepcionalidad se convierte en regla y lo que era anteriormente excepcional —como ocurría para los supuestos de tráfico de drogas (art. 374 CP)— se generaliza. Así, se prevé el decomiso ampliado en caso de imposibilidad de comiso de los bienes relacionados con el delito por otros por valor económico equivalente. El proyecto suprime la salvedad de la titularidad de buena fe del tercero irresponsable. Además, se generaliza la presunción de ilicitud de bienes o ganancias ilícitas no justificadas que puedan ser resultantes de la actividad delictiva —sin necesidad de que sea organizada— a partir de indicios para ciertos los delitos listados en el art. 127bis del Código Penal. Se prevé el comiso sin sentencia de condena si la situación patrimonial ilícita está acreditada en proceso contradictorio en casos de fallecimiento o enfermedad crónica o en casos de rebeldía que impidan el enjuiciamiento con riesgo de prescripción e incluso en supuestos de exención de responsabilidad o extinción de la misma: es decir, una consecuencia jurídica del delito sin existir responsabilidad criminal. Por otra parte, el Anteproyecto preveía el comiso de bienes y efectos transferidos

a terceros cuando no era posible el decomiso sobre los bienes del responsable o los bienes o efectos, si habían sido transferidos a título total o parcialmente gratuito. Sin embargo el Proyecto amplía esta previsión y contempla el comiso de bienes, efectos y ganancias transferidos a terceros o de valor equivalente: a) cuando el adquirente conozca o deba sospechar de su origen ilícito y b) cuando el adquirente conozca o sospeche que su adquisición dificulta el comiso. Finalmente, se prevé el comiso de otros bienes de origen lícito por valor equivalente al de la parte no ejecutada del comiso inicialmente acordado, precisando el Proyecto que la imposibilidad ha de ser por la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancia o por cualquier otra circunstancia. O bien se justifica por la disminución del valor de los bienes inicialmente decomisados.

En definitiva, lejos de considerar el comiso una consecuencia accesoria del delito, el legislador expresamente confiesa que ahora persigue «fines ordenadores del patrimonio y de corrección de una situación patrimonial ilícita derivada de un enriquecimiento injusto de origen delictivo» —que sin embargo no exige—; y «el comiso ampliado no presupone ni conlleva una declaración de culpabilidad por la actividad delictiva desarrollada por el sujeto, pues el comiso ni presupone tal declaración de culpabilidad ni es una pena». Lo que no se entiende bien es que esta regulación más próxima a las llamadas leyes de extinción de dominio se contenga en un cuerpo legal como el Código penal, cuando ya no se preserva ni exige su vinculación o accesoriidad al delito.

La pena de prisión permanente revisable. La suspensión y sustitución de las penas

Julián Carlos Ríos Martín

Profesor de Derecho Penal. Universidad Pontificia Comillas

I. La pena de prisión permanente revisable

1. *Introducción*

La pena de prisión perpetua se trata de una privación de libertad, en principio hasta la frontera de la muerte, aunque sea excepcionalísimamente revisable, el enjuiciamiento de su racionalidad ha de partir de la constatación de lo que es un lugar común entre los especialistas en materia penal: la crisis de la pena privativa de libertad, porque no priva solamente de la libertad, sino que además descoyunta la indispensable sociabilidad humana. Sin duda, las consecuencias que una pena de estas características conlleva en el ámbito físico, psicológico, social y laboral del condenado son muy graves y, posiblemente, irreversibles, quedando seriamente afectados y comprometidos determinados derechos individuales constitucionalmente protegidos: la libertad, la intimidad, la salud física y psíquica, y como soporte de todos ellos, la dignidad.

Cuando se conocen los gravísimos delitos frente a los que se puede aplicar la pena de prisión perpetua revisable, a cualquier ciudadano le puede parecer justa, e incluso, escasa. Pero el Estado no puede quedar atado a la opinión que una buena parte de los ciudadanos tienen en torno al fenómeno delictivo y que se expande y consolida a través de los medios de comunicación. Sin duda, en el proceso de elaboración de las leyes penales tiene que escuchar a las víctimas de cualquier delito, pero eso no significa que el legislador tenga que otorgarles legitimidad absoluta para dictar en exclusiva la política criminal a seguir, sobre todo cuando el debate público-mediático está huérfano de una reflexión serena con todos los elementos jurídicos y sociológicos del fenómeno delictivo.

La incorporación de la cadena perpetua al Código penal no puede pasar desapercibida en la sociedad sin un mínimo de reflexión que vaya más allá del ámbito emocional-vindicativo. Por un lado, porque afecta

intensamente a los derechos fundamentales de personas concretas, y nadie está exento que se le pueda imponer, bien porque en situaciones extremas e imprevisibles en un momento determinado se vea abocado a cometer un delito tan grave, o bien, porque sin haber delinquido, pudiera existir, como lamentablemente ocurre, un error judicial. Por otro, porque trasciende lo individual. Cuando el Estado incorpora a la legislación criminal una pena de estas características pone en cuestionamiento nuestra concepción de Estado social y democrático de derecho que se asienta sobre una premisa incuestionable que aparece derivada de la forma política que ha adoptado el Estado en nuestra Constitución y que exige que todo sacrificio de la libertad ha de reducirse a lo absolutamente necesario para conseguir un objetivo que constitucionalmente lo justifique y que, en todo caso, siempre respete los derechos humanos. Además, porque es previsible, debido a la tendencia existente en nuestra sociedad en los últimos 20 años, en los que se ha modificado el Código penal veinticuatro veces, todas ellas para endurecerlo, que el siguiente debate público sobre las penas a imponer por graves delitos sea el de la pena de muerte. Por tanto, cerrar la puerta de la prisión perpetua, es el cortafuegos para la existencia de tal debate. Está en juego, no sólo la cadena perpetua, sino el pre-juicio de la pena de muerte.

Que la incorporación de la pena de prisión perpetua revisable al Código penal tenga legitimidad suficiente tendría que superar, sin margen de duda, un juicio de compatibilidad con las normas constitucionales. El ministerio de justicia tiene que justificar de forma técnica y científica la necesidad de su necesidad en relación con los fines que tanto la doctrina como la jurisprudencia otorgan al Derecho penal. En segundo lugar, tendrían que explicar y justificar no sólo formalmente, sino materialmente que esta pena supera el reproche de inseguridad jurídica que conlleva (art. 9.3 CE), que no atenta contra la dignidad de las personas (derecho recogido en el art. 10 de la Constitución española); que no se convierte en una pena inhumana o en trato degradante (art. 15 CE) y que es compatible con el mandato constitucional de que las penas estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los penados (art. 25.2 CE).

2. Posibilidades legales de revisión

La pena de prisión permanente —perpetua—, en principio, tiende a extenderse durante toda la vida hasta la frontera de la muerte de la persona condenada. Este es el escenario previsible para la casi totalidad

de las condenas y es el marco respecto del que hay que realizar las reflexiones sobre su acomodación a las normas constitucionales.

El texto legal establece varias posibilidades de revisión por los Tribunales para que la persona condenada no muera en prisión y pueda salir antes. Si la pena pudiera revisarse y, en caso de que la persona esté en condiciones de ser reinsertada, se pudiera concretar la pena a una duración determinada, o lo que tiene similares efectos, suspenderse, esta pena resulta ajustada a la Constitución. Esta posibilidad salvaguarda formalmente el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Pero no es así. Lamentablemente, con estas opciones legales de revisión, el Ministerio de Justicia no está pensando en garantizar el derecho a la reeducación y a la inserción social de los penados a largas condenas, sino lo que intenta otorgar apariencia de legitimidad a la prisión perpetua, resaltando su carácter revisable y así salvar el escollo legal de su más que improbable, incluso para el pre-legislador, constitucionalidad.

La normativa no permite un horizonte de libertad en la frontera de la muerte. El texto legal señala que: «Por motivos humanitarios y de dignidad personal, valorando especialmente su dificultad para delinquir y escasa peligrosidad, en el caso de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables podrá acordarse la progresión a tercer grado (régimen abierto)[que] deberá ser autorizada por el Tribunal previo informe del Ministerio Fiscal» (art. 36.4 ACP). En este tema tan esencial como es la muerte y, en concreto en prisión, no se puede despejar con una mera reflexión jurídica donde pareciera que la ley penal permite, tal y como está redactado este artículo, que los condenados a perpetuidad, puedan salir a morir libres; pero no es así. Continuarán presos; en régimen abierto, posiblemente en un Centro de Inserción Social; pero no quedarán en libertad condicional. Ésta institución está prevista para todas las personas condenadas que padezcan una enfermedad grave e incurable. Ahora bien, cuando la pena es de prisión perpetua, no es posible. Morirán en la cárcel. Jurídicamente en un régimen de semilibertad, pero en la práctica estarían en la misma situación de un enfermo grave que estuviese en régimen ordinario (Segundo grado): saldría a la unidad penitenciaria que existen en algunos hospitales públicos, con un régimen de severidad similar al que existe en la cárcel. De esta manera las personas condenadas a prisión perpetua revisable morirán en una cárcel. ¿Cuántas personas mueren cada año en prisión por enfermedad sin que se les conceda este régimen abierto —según datos oficiales desde 2005 a 2010, murieron en prisión 1.255 personas, siendo el 63% de los fallecidos por enfermedad—? Ellos han muerto en la cárcel, si hubieran estado condenados a cadena perpetua, igualmente...

¿cómo se salva la constitucionalidad de esta cuestión?... ¿Es legítimo o es una falacia hablar de dignidad personal al dejar libre al condenado para que muera en la calle cuando se le ha tenido encerrado todo su tiempo vital en la cárcel, y sin dejarle un horizonte de libertad cierta?, ¿cómo se salvará el derecho a la «dignidad» cuando alguna persona condenada a prisión perpetua muera en la cárcel, como lamentablemente ocurre con más frecuencia de la esperada?, ¿quedará libre éticamente de esa muerte quien la ordenó aunque fuese en aplicación de una norma legal? De no existir apoyo familiar y/o social —que será lo más previsible después de tantos años encerrado—, ¿dónde se excarcelará a una persona anciana, u otra más joven y gravemente enferma?, ¿qué profesional, con qué rigor y medios hará el juicio de valoración de los padecimientos incurables, y la dificultad para delinquir de una persona condenada de por vida, confinada y aislada del mundo social durante muchos años?, ¿qué consecuencias tienen los trámites burocráticos en una persona muy enferma en prisión?, ¿y si esa persona tiene o ha generado problemas de salud mental, ¿qué otra salida tiene salvo la de morir en un psiquiátrico penitenciario?

Aunque la Ley prevea que los condenados a la pena de prisión permanente pueden tener permisos de salida, en la realidad esto será prácticamente inviable. Los requisitos de la concesión son: cuarta parte de la condena cumplida —¿cuál es la cuarta parte de una condena a prisión perpetua?; ¿cómo se determina una fracción concreta de una pena indeterminada?—; que el penado tenga buena conducta. Pero aún concurriendo estos requisitos se deniegan por los siguientes motivos:

- En función de la circunstancia «gravedad del delito». Todos los delitos que conllevan una pena de prisión perpetua son gravísimos.
- En función de la «alarma social generada por el delito». Todos los delitos que están castigados por la pena de prisión perpetua han generado grave alarma social.
- En función del «apoyo familiar y social». Cuando una persona presa lleva más de quince años encerrada, sus vínculos sociales se han deteriorado tanto que es posible que se esté sólo. A este tema me referiré con detenimiento en el apartado en el que trato la prisión perpetua en relación con la prohibición de penas inhumanas y tratos degradantes.
- En función de la «prisionización». Más de quince años de prisión originan en la persona pautas de comportamiento necesarias para sobrevivir en un lugar cerrado que son disfuncionales para vivir en libertad: desconfianza, no respeto, violencia, desho-

nestidad, ausencia de responsabilidad. No es que los internos ya sean así cuando ingresan en prisión, es que, con independencia del carácter de cada uno, las dinámicas relacionales llevan a las personas a adoptar pautas y actitudes de comportamiento para poder sobrevivir. A este tema me referiré en profundidad cuando relaciono la prisión perpetua con la prohibición de penas inhumanas y tratos degradantes.

- En función de la «necesidad de reproche social». Los delitos para esta pena son tan graves, que esta justificación siempre tendrá cabida en las resoluciones administrativas y judiciales de denegación de permiso.
- En función de la «lejanía de las tres cuartas partes de la condena». Así las cosas, con una persona condenado de por vida a un delito gravísimo, después de varios años de aislamiento social, según esas variables, ¿tiene alguna posibilidad de salir de permiso? Me atrevo a afirmar que ninguna.

Los condenados a prisión perpetua revisable podrán tener acceso al tercer grado o régimen abierto. El tribunal *podrá autorizar el acceso a un régimen abierto cuando exista un pronóstico favorable e individualizado de reinserción social, cuando se hayan cumplido veinte años de forma efectiva si hubiese sido condenado por un delito de terrorismo (cap. VII, Título XXII, libro II), o cuando se hayan cumplido quince años en el resto de los casos (art. 36.3 ACP)*. Para que cualquier persona presa pueda ser clasificada en régimen abierto la administración penitenciaria tiene en cuenta una serie de criterios: la gravedad de los delitos, el tiempo de condena que resta hasta la libertad, los permisos de salida disfrutados, la conducta penitenciaria, disponer de una oferta laboral, contar con apoyo social y/o familiar, carecer de variables psicológicas que permitan hacer un juicio de no reincidencia y, todo acompañado de un férreo control para evitar disfunciones mediáticas. Además se exige un pronóstico favorable de reinserción social, valorando las anteriores circunstancias. Este pronóstico tiene que ser realizado en función de los requisitos que se exigen para que la pena se pueda suspender y que vienen relacionados en el art. 92 CP. En estas condiciones, aparecen cuestiones que pueden aportar luz acerca de la escasa o nula previsibilidad de que este régimen de vida se aplique. Una persona condenada a prisión perpetua por la comisión de un asesinato, ¿es posible que se mantenga sin conflictos, es decir, con un comportamiento correcto durante 15 años de condena en una cárcel para que, al menos, exista el requisito de buena conducta penitenciaria? ¿Cómo se garantiza que la decisión administrativa de denegación del régimen abierto

no se utilicen criterios y conceptos jurídicos indeterminados que son empleados habitualmente por la cárcel para no aplicar este régimen de vida a presos comunes —«faltan por consolidar factores positivos», u otros de imposible acreditación— y que se convierten en conceptos extrajurídicos para ceder ante la presión mediática, que en estos tiempos de «populismo punitivo» resulta tan influyente especialmente respecto de delitos que generan tanta alarma social? ¿Qué circunstancias familiares y sociales positivas puede tener una persona después de, al menos, 15 años ininterrumpidos de aislamiento social en una prisión? ¿De qué programas de tratamiento y formación educativa y laboral dispone la administración penitenciaria para ofrecer a las personas condenas por estos delitos graves y sometidos a largas condenas?. En caso de tener algún problema de salud mental, ¿qué intervención institucional existe más allá de estar en un patio de un psiquiátrico penitenciario? ¿Qué profesionales de la administración penitenciaria, en qué condiciones técnicas, con qué rigor, bajo que presiones institucionales, van a emitir los informes de pronóstico? ¿Cómo influirá la ausencia de permisos en la clasificación tercer grado? ¿Cómo se puede tener un pronóstico favorable después de valoración de variables que ponen el énfasis en las consecuencias que el paso de los años encerrado puede tener en la persona? ¿Qué peso tendrá la gravedad del delito? ¿Y la repercusión mediática?... Mucho me temo que una respuesta honesta por parte de quienes conocen este ámbito habrá de admitir que, salvo excepciones, la casi totalidad de las personas no tendrán posibilidades de acceso al tercer grado. De nuevo, otra salida frustrada. Si la anterior —los permisos— es inviable, el régimen abierto, lo es más. Las dificultades y los obstáculos son cumulativos en el ámbito penitenciario. Por lo tanto, la previsión legal de que las personas condenadas a cadena perpetua puedan salir a un régimen abierto y así evitar la perpetuidad, no es más que una cuestión meramente formal y retórica, sin posibilidades reales de realización.

Podrá suspenderse la pena de prisión perpetua. El Tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando concurren varios requisitos (art. 92 ACP):

- Que se hayan cumplido 25 años de condena, que pueden llegar a ser 30 cuando se dan las condiciones del art. 78 bis 1 b) ACP.
- Que se encuentre clasificado en tercer grado penitenciario.
- Que el Tribunal a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por su reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la

pena, sus circunstancias familiares y sociales, los efectos que se puedan esperar de la suspensión de la pena y del cumplimiento de las medidas que fueran impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos profesionales que el tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En caso de que se cometa delito durante la suspensión de la pena, el penado ya no tendrá oportunidad de salir más. La prisión será perpetua definitivamente.

Por no ser reiterativo, bastará solo recordar las dificultades de acceso a los permisos y al tercer grado convertido en la suspensión de la ejecución como un requisito-régimen abierto que expuse anteriormente, así como la imposible valoración positiva de los criterios que se establecen, para concluir que esta modalidad de suspensión será casi inaplicable. ¿Cómo va a encontrarse socialmente preparado para vivir en libertad una persona después de pasar 25 años ininterrumpidos en una cárcel, después de haber cometido un delito muy grave? ¿Qué circunstancias familiares y sociales podrá tener quien, por ejemplo, entró con 25 años y a los 50 años de edad se plantea la suspensión de su condena?... ¿Sus padres viven? ¿Qué familiares le quedarán? ¿Qué amigos conoce? ¿qué trabajo ha aprendido? ¿Qué secuelas psicológicas tiene? ¿Cómo se abordarán? ¿Qué profesional se atreverá a hacer un juicio de diagnóstico positivo? ¿Quién es capaz de responder honestamente a estas cuestiones? Cualquier profesional de la administración penitenciaria —a quienes, por cierto, nunca se les pide opinión sobre estas reformas— será capaz de explicar y dar fe de todas estas dificultades.

Lamentablemente estas cuestiones se abren a una respuesta negativa acerca de cualquier posibilidad de suspensión de esta pena. Lo que queda es su cumplimiento, que la persona presa muera o enferme gravemente. Este es el escenario más previsible.

3. *Una pena no justificada*

La incorporación al ordenamiento penal de una pena tan grave y lesiva como la que se propone debe estar cargada de argumentos vinculados al cumplimiento de las finalidades que desde la doctrina y la jurisprudencia se asignan al Derecho penal democrático. El legislador debe evitar razones de política partidista adoptadas por razones coyunturales atribuibles a la presión de determinadas personas, o de asociaciones de

víctimas, o realizadas con la intención de desviar la atención social de las raíces de la inseguridad —crisis financiera, corrupción, desconfianza en los políticos— hacia la relacionada con el delito particularmente si con ello se ponen en tela de juicio las bases, principios y fundamentos del derecho penal heredero de la Ilustración. También debe considerarse inadecuado fundamentar su incorporación al Código apostando por introducir la teoría del denominado «Derecho penal del enemigo» en el derecho positivo penal. Ésta busca satisfacer una demanda público-mediática de mayor seguridad, control, a través del encierro, castigo, represión y prolongación de la reclusión de personas condenadas por delitos muy graves ante la sensación ciudadana de que estos no reciben suficiente castigo o de que no son debidamente controlados.

La exposición de motivos del Proyecto no ofrece razones de suficiente peso científico que justifiquen la incorporación de esta pena. Así se ha manifestado el Consejo de Estado en su informe al Anteproyecto.

Frente al argumento de que no es una pena perpetua porque existen posibilidades legales de revisar la pena y suspenderla ya hemos justificado su imposibilidad.

Frente al argumento de que existe una normativa sobre la pena perpetua similar en otros países del entorno europeo decir que es cierto que esta pena está incorporada con distintos matices a la legislación penal de algunos países europeos: Italia, Alemania, Francia, Reino Unido, Grecia, Dinamarca e Irlanda. No obstante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Vinter and Others v. The United Kingdom* ha declarado esta legislación contraria al art. 5 de la CEDH por resolución de nueve julio de 2013, porque este sistema de sentencias niega a los condenados el derecho a una revisión real y eficaz de su condena.

Además, ningún país europeo tiene un artículo constitucional íntegramente equiparable al establecido en el art. 25.2 CE en cuya virtud, «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientados hacia la reeducación y la reinserción social». Dentro del Capítulo IX (De la Jurisdicción) de la Ley Fundamental Alemana, no existe precepto alguno que resulte, en mayor o menor medida, equiparable al artículo 25.2 de la CE. En el ordenamiento francés tampoco. Por su parte el artículo 27 de la Constitución Italiana establece, en el párrafo tercero que «las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y estarán orientadas a la reeducación del condenado». Si bien es cierto que la norma de la Constitución italiana presenta un importante similitud con el art. 25.2 de la Constitución Española, pues en ambos se proclama que las penas estarán orientadas a la reeducación del condenado, sin embargo, el indicado artículo 27

omite cualquier referencia a la reinserción como finalidad orientadora de las penas, lo cual, confiere al precepto de nuestra Carta Magna un matiz esencial. Por tanto lo que contemplan los países europeos que la tienen en sus ordenamientos penales puede no entrar en contradicción con sus normas constitucionales, pero si se enfrenta directamente con nuestra Constitución.

Frente al argumento de que esta pena es necesaria para «afianzar la confianza en la administración de Justicia» habría que valorar varias cuestiones: ¿es cierto que la confianza en la administración de justicia se obtiene aplicando la cadena perpetua, cuya institución podría sobrepasar los límites constitucionalmente marcados al poder punitivo del Estado? ¿Hasta dónde los ciudadanos están dispuestos a ceder en el binomio seguridad ciudadana/libertad y derechos fundamentales? ¿El descrédito de la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia no será por otros motivos distintos de la no existencia de la prisión perpetua y otros temas relativos a la aplicación de las penas? ¿La desconfianza no residirá en la ausencia de medios materiales y personales para llevar adelante los procedimientos de instrucción, enjuiciamiento y ejecución con un mínimo de eficacia en la gestión? ¿No será porque ni los políticos ni los banqueros que han provocado la «ruina económica» del Estado, asumen —salvo contadas excepciones— algún tipo de responsabilidad, ni política, ni penal, salvo contadas excepciones? ¿No tendrán algo que ver los obstáculos que el poder político pone en los procedimientos penales sobre delincuencia de «cuello blanco», o de corrupción y que se dilatan en el tiempo por las maniobras de los famosos abogados que provienen de la universidad, la fiscalía y la judicatura urdiendo estrategias para conseguir que casi todos los procesos se eternicen en los tribunales para que no acaben nunca en condena efectiva?, ¿no será porque se imponen tasas con la excusa de aligerar la justicia cuando se está impidiendo el acceso a la administración de justicia, a la tutela judicial efectiva?, ¿no será por la desinformación que sobre el sistema penal, su alcance y eficacia, existe entre los ciudadanos? Las contestaciones a estas cuestiones apuntan a los motivos que generarían en los ciudadanos una sensación de desconfianza en la administración de justicia. Y, por tanto, si se quiere combatir, el poder político tendrá que hacer un esfuerzo de honestidad y orientar su política criminal en esa dirección y no en la expansión casi ilimitada de la represión punitiva. Probablemente entre todas las causas expuestas, el desconocimiento del funcionamiento del sistema penal y de sus posibilidades es la que más incrementa la desconfianza ciudadana en la Justicia. Por tanto, es más que cuestionable que en la exposición de motivos del Proyecto uno de los argumentos para incorporar

la prisión perpetua sea su necesidad para que los ciudadanos aumenten su confianza en la administración de justicia.

Frente al argumento de que la pena de prisión permanente es necesaria porque «ante delitos de excepcional gravedad está justificada una respuesta extraordinaria» se hace necesario valorar dos posibles interpretaciones. En primer lugar, hace referencia a un juicio de proporcionalidad entre la gravedad de los hechos y las sanciones previstas. En segundo lugar, bajo este postulado subyace la idea de que la víctima necesita ser reparada y satisfecha ante el desproporcionado daño sufrido a través de una excepcional respuesta represiva del Estado. Respecto de la primera cuestión señalar que los fines preventivos del derecho penal se pueden alcanzar mediante otras penas y otras medidas de política criminal en las que el sacrificio de los derechos fundamentales no sea tan intenso e irreparable. En un Estado de derecho, construido sobre el respeto a los derechos humanos, la gravedad de la respuesta penal tiene que venir limitada precisamente por los derechos constitucionalmente reconocidos para todos: la dignidad, la prohibición de las penas y tratos inhumanos, crueles o degradantes, y la orientación reeducadora y de inserción social de las penas.

En cuanto al segundo aspecto, la venganza privada está excluida del ordenamiento jurídico como finalidad del sistema penal, sólo hay que ver los limitadísimos requisitos de la legítima defensa —art. 21.4 CP—. Tampoco se puede utilizar la violencia institucional de la administración de justicia para ejercerla. El Derecho penal está destinado a cumplir unas funciones preventivas y retributivas hasta el límite del respeto a la culpabilidad, la proporcionalidad y los derechos fundamentales. Pero, junto a estos legítimos límites, en mi opinión infranqueables, en el ámbito de las necesidades profundamente humanas, ¿la cadena perpetua podría reparar a la víctima? En mi opinión, la contestación es rotundamente negativa.

Frente a que es una pena «necesaria a los efectos de prevención de delitos» hay que realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar el Derecho penal tiene que servir simultáneamente para prevenir y combatir el delito, pero también para limitar la intervención estatal en su intervención. Por un lado, tiene que proteger a la sociedad de los actos violentos de determinadas personas, pero por otro, tiene que asegurarse de que éstas no queden sometidas a una represión ilimitada del Estado.

La teoría prevención especial queda abiertamente incumplida. Niega posibilidades reales a las personas condenadas de ser acreedores del mandato constitucional que otorga a las penas finalidades reeducativas y de inserción social.

La prevención general negativa que utiliza la intimidación de la pena de prisión perpetua y que se destina a que los ciudadanos se abstengan de cometer determinados delitos, una contestación positiva de su necesidad pasa por contestar a una serie de cuestiones: ¿La intimidación que genera la prisión perpetua incrementará la seguridad ciudadana? ¿La seguridad ciudadana vinculada al Derecho penal está en riesgo? ¿Una mayor sensación de seguridad ciudadana se consigue exclusiva o principalmente a través del sistema penal? ¿Las penas existentes en la actualidad no son suficientemente disuasorias?

La prisión permanente no incrementará la seguridad ciudadana. Ésta es un concepto amplio y difuso que depende principalmente de la información que sobre la delincuencia ofrecen los medios de comunicación a través de los datos que a diario aportan las oficinas de prensa de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, así como de las reflexiones realizadas sobre juzgados y tribunales por periodistas y otras personas que trabajan en los medios de comunicación como «creadores de opinión». Siempre han existido gravísimos delitos y, lamentablemente, continuarán existiendo. La intervención penal, a través de la prevención cumple obviamente su función, pero no es la única ni principal fuente de seguridad ciudadana. En estos momentos, la inseguridad más grave para muchos millones de españoles es la supervivencia —laboral, doméstica, alimenticia—. Con un 26% de paro; una reforma laboral que ha conducido a condiciones precarias de trabajo; el grave problema de la vivienda (hipotecadas con cláusulas abusivas, que se ejecutan sumariamente y provocan desahucios cruel y violentamente practicados); el desmantelamiento de los servicios sociales (particularmente dramático es el caso de la clausura de numerosos centros de atención a drogodependientes); la reducción de profesionales de la salud y particularmente de la mental; las consecuencias, en suma, de los recortes sociales con la coartada de la crisis económica, aumenta la sensación subjetiva de inseguridad personal. Y, el Estado, incapaz de hacer frente a ésta, más auténtica y real que la vinculada al delito, la intenta suplantar y simular su resolución por la vía de la expansión ilimitada el Derecho penal. Un remedio fugaz, ya que sólo cumplirá su función el día en que se anuncie la reforma. Posteriormente, la sensación pública de inseguridad continuará igual, porque no se ha intervenido ni sobre las causas sociales que originan las situaciones precarias y los comportamientos delictivos (adicciones, problemas mentales, déficits en la socialización, pobreza e injusticia estructural a nivel nacional e internacional, entre otros), ni sobre el origen de la sensación pública de inseguridad colectiva (desinformación de las instituciones del sistema penal, y la desproporción y desmesura informativa de los crímenes cometidos en casi todas partes del mundo).

La mayor severidad de la pena no suele ser un factor determinante en el incremento de la disuasión, sobre todo si el potencial delincuente no cuenta con un considerable grado de probabilidad de ser detenido. Es posible afirmar que no es posible conseguir seguridad sino al precio de comprometer la libertad y los derechos de los ciudadanos. Así, frente a sensación de inseguridad ciudadana que se quiere hacer frente con la prisión perpetua, emerge otro tipo de inseguridad personal más grave y cierta. La que deriva de la vulneración de derechos fundamentales tales como la dignidad, la prohibición de penas inhumanas y tratos degradantes y la negación de la orientación de la penas hacia la reinserción social; además, de la posibilidad —siempre presente— de que se produzcan errores judiciales, transformándose en irreparables. ¿Estarán los ciudadanos dispuestos a ceder su libertad y hasta su seguridad jurídica en aras de la eficacia que se concede a esta medida?

Por otro lado, la seguridad ciudadana vinculada al Derecho penal no está en riesgo. El propio Ministerio del Interior del mismo Gobierno que impulsa la reforma penal y la introducción de la cadena perpetua en nuestro Código Penal admite que «el balance final que arroja el informe sobre la criminalidad de 2012, a pesar de los datos de determinadas tipologías penales, es positivo y viene a manifestar y constatar que la incidencia de la criminalidad en España se mantiene entre las más bajas de la Unión Europea. Por tanto, el nivel de delitos no sólo es el más bajo de Europa, sino que en España se observa una tendencia al descenso. ¿Es entonces la seguridad ciudadana un argumento para instaurar la pena de prisión perpetua? Pensamos que no.

Por último, las penas existentes en la actualidad son suficientemente disuasorias. A los efectos de prevención delictiva ya existen delitos en el Código penal castigados con penas lo suficientemente disuasorias para garantizar al máximo posible tal protección; también para obtener la retribución proporcional y el castigo por tanto daño causado. A partir de los límites establecidos en el art. 76 CP —20, 25, 30 y 40 años— la sociedad tiene que asumir que el sistema penal no puede garantizar más la seguridad ciudadana; ha llegado a su tope. Estos límites que ya existen en el Código penal actual, determinan que las personas condenadas no terminarán de cumplir sus condenas mientras dure su vida, pues si la edad media de quienes cometen delitos es de 35 años, en cuanto se le sumen 40 años de pena, la vida en libertad — a los 75— se esfuma como una posibilidad. Por ello, los límites máximos establecidos de cumplimiento ya son casi perpetuos.

Frente al argumento de la «Existencia de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que avala esta pena» hay que señalar que la exposición de motivos hace referencia a dos sentencias del TEDH

para justificar, la adaptación de esta pena al Convenio de Roma. Concretamente se refiere a la STEDH *Kafkaris v. Chipre* y *Meixne v. Alemania*. Sólo toma en consideración dos sentencias que admiten su compatibilidad con el art. 3 del CEDH, a mi forma de entender de forma tremendamente laxa y formalista, pero silencia las que declaran la vulneración del art. 5 CEDH que son las referidas a la violación de la finalidad de reinserción social de la cadena perpetua en función de los criterios de revisión y de los medios materiales para que aquella sea eficaz (art. 5 CEDH). Y precisamente en este aspecto es donde la Exposición de Motivos calla. Omite las sentencias que declaran su incompatibilidad con los aspectos reinsertadores de las penas y sus procesos de revisión.

La exposición de motivos del Borrador del Anteproyecto de reforma es desafortunada. Al traer el argumento de la doctrina del TEDH pretende agregar otra justificación gubernamental en defensa de la prisión permanente revisable. Pocos meses después de su primera redacción, el 18 de septiembre de 2012, el TEDH dictó, como hemos referido en el párrafo anterior, por unanimidad, una extensa y fundamentada la sentencia anteriormente reseñada por virtud de la cual condenó al gobierno británico por violar el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con ocasión de la ejecución de las «condenas IPP» («indeterminate-sentences-for-the-public-protection»), es decir, las «condenas indeterminadas para la protección pública». La sentencia condenatoria dictada por el TEDH —auténtico aviso para navegantes, en lo que al gobierno del estado español toca en estos momentos— considera que al incorporarse en el sistema de penas una nueva forma de condena *indeterminada*, se presume que el Estado continúa obligado a cumplir, en todo caso, aunque no se contemple expresamente en el texto desde su ley nacional, con sus obligaciones internacionales en relación con el objetivo rehabilitador del sistema penitenciario, dimanantes de convenios e instrumentos internacionales como el art. 10 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de 1966; la Recomendación 23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa; la Recomendación Rec (2006) 2 del Comité de Ministros de los estados miembros de la Unión Europea («the-European-Prison-Rules»), de 11 de enero de 2006; o los estándares mínimos para el tratamiento de los prisioneros de las Naciones Unidas («the UN Rules») de 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social el 13 de mayo de 1977. Así pues, el TEDH acoge la tesis de los demandantes en el sentido de que uno de los propósitos de su privación indeterminada de libertad es su rehabilitación, para la que el gobierno británico, incumpliendo sus obligaciones derivadas del derecho internacional, no puso los medios necesari-

rios, e impidió de ese modo que uno de los objetivos de la «Criminal Justice Act», de 2003, el rehabilitador, pudiera cumplirse. El gobierno británico, como ya habían incluso criticado los tribunales nacionales, había errado «deplorablemente» a consecuencia de haber introducido la prisión indeterminada sin la necesaria planificación y sin un análisis realista del impacto de la medida. En tales circunstancias, el TEDH declaró que la privación de libertad como consecuencia de la ejecución de una pena de prisión indeterminada puede llegar a ser —como en este caso— arbitraria y por lo tanto ilegal en los términos del art. 5.1 del Convenio.

Por otro lado, la sentencia del caso *Vinter and Others v. The United Kingdom* de 9.7.2013 ha declarado contraria al art. 3 CEDH la legislación británica. La legislación vigente ha suprimido la revisión a los 25 años con el objetivo de que sean los jueces independientes quienes determinen cuando ha de efectuarse la revisión en cada caso concreto. Pero esto no asegura que se haya de producir efectivamente la revisión, por lo que el TEDH considera que debería haberse mantenido la posibilidad de revisión a los 25 años. El Tribunal argumenta que «si un prisionero es encarcelado sin ninguna perspectiva de ser puesto en libertad y sin ninguna posibilidad de que su sentencia a perpetuidad sea revisada, existe el riesgo de que nunca se arrepienta de su crimen». «Haga lo que haga en prisión, por muy excepcionales que sean sus avances hacia la rehabilitación, su castigo es inamovible y no se puede revisar».

Por tanto estas dos últimas sentencias del TEDH ponen en cuestionamiento la pena de cadena perpetua si no existe, además de una planificación de medios materiales para la rehabilitación del condenado, una normativa realmente eficaz para permitir la excarcelación de una persona. Estos dos aspectos están presentes en la normativa que intenta incorporar la cadena perpetua al Código penal. Ni existe planificación de medios, ni la normativa permite una excarcelación real.

4. *Argumentos que ponen en duda la constitucionalidad de la cadena perpetua*

La prisión perpetua revisable es inconstitucional porque atenta contra la dignidad de los seres humanos —art. 10 CE—; contra la prohibición de penas inhumanas y tratos inhumanos y degradantes —art. 15 CE—, contra el mandato de la orientación de las penas hacia la reeducación y inserción social art. 25 CE; además, su indeterminación se enfrenta abiertamente al principio básico de seguridad jurídica.

La pena de prisión perpetua revisable atenta contra la dignidad de los seres humanos. La dignidad humana consiste en tratar a nuestros semejantes, a los seres humanos, como fines y no como medios, ni como objetos. Me parece evidente que:

- a) Un delincuente, como toda persona, tiene una inquebrantable dignidad (en sentido sustancial y ontológico) que no pierde y que no puede perder aunque cometa las mayores atrocidades.
- b) Los demás estamos en la obligación moral de salvaguardar esta dignidad y la efectividad de los derechos humanos porque la dignidad es un fundamento axiológico inviolable y porque preservando la dignidad ajena estamos manteniendo a buen recaudo la nuestra (en su segunda acepción).
- c) Despersonalizar a un individuo para proteger a una mayoría resulta una tesis insostenible desde la teoría de los derechos humanos porque atenta contra el valor universal de persona y el respeto a la dignidad humana.
- d) Que la dignidad implica tener posibilidades reales y ciertas de poder incorporarse a la sociedad para desarrollar, si quiera mínimamente, un proyecto vital a nivel social, familiar, laboral; lo que queda incumplido con la prisión perpetua, aunque se le quiera hacer pasar por revisable. Así, la cadena perpetua priva al condenado de la opción de trazar un plan de vida, es decir, de su «autonomía moral».

En el mejor, pero imprevisible, de los casos, en que pudiera revirse la condena, el encierro durante, al menos, 25 años seguidos se convertirá a perpetuidad a partir de una cierta edad. Si la persona que delinque lo hace a partir de los 40 años de edad, podrá salir a los 65. Anciano, sin proyecto vital desarrollado, excluido, aislado y sin recursos. Es decir, la pena a perpetuidad se transforma en una suerte de pena de muerte «social».

Por lo tanto, que la norma penal que incorpora y regula la prisión perpetua no garantice los valores básicos de respeto por la esencia de humanidad, la intimidad, la salud física y psíquica, las posibilidades de reincorporarse a la sociedad, el esfuerzo por la disminución del sufrimiento y demás bienes que expondré en los siguientes epígrafes, la convierte en ilegítima e inconstitucional.

La prisión perpetua revisable atenta al derecho a la prohibición de penas inhumanas y tratos crueles y degradantes. A partir del derecho a la dignidad del ser humano y de su integridad moral la Constitución prohíbe, en todo caso, las penas inhumanas o degradantes —art.15 CE—. Necesariamente, para que esos conceptos tengan la suficiente consisten-

cia se hace necesario acudir a las condiciones en las que se cumple una pena privativa de libertad, sabiendo que, en todo caso, la casi totalidad de las personas condenadas a la cadena perpetua no van a poder salir de la cárcel hasta su muerte, pues como he explicado en los epígrafes anteriores, las previsiones legales de excarcelación son, en la práctica, inviables.

La inhumanidad de una pena de prisión por su duración radica en la falta de expectativas de libertad para el penado. La evitación de tal desesperanza dependerá de que no se prevean penas de duración excesiva y de que existan y se utilicen mecanismos de excarcelación cuando el penado llegue a determinada edad. Hecho que lamentablemente no ocurre con la regulación de la prisión perpetua revisable.

Cuando hablamos de humanidad nos tenemos que referir de forma obligada a las condiciones básicas que necesita toda persona para desarrollar mínimamente su condición de ser humano —derecho al libre desarrollo de su personalidad—. Ello implica que cualquier condenado deber tener la posibilidad de comunicarse con sus familiares y amigos, viendo potenciadas sus capacidades de relación social y afecto; debe tener un espacio físico en el que pueda desarrollar su sentido de control, autoestima, autonomía e intimidad —la celda, el patio y las consecuencias en la relación—; no puede estar en un contexto en el que sea constantemente objeto de violencia o instrumentalización; que pueda mantener un nivel aceptable en su salud física y mental, y que pueda conocer de forma cierta que en un futuro podrá volver a convertirse en un ser relacional, al quedar en libertad. Frente a la necesidad de todo ser humano de un espacio mínimo para desarrollar y desplegar todas sus capacidades «humanas», la cárcel lo imposibilita. Frente a la necesidad de que no se anule su ámbito relacional, afectivo y social, la cárcel destruye la sociabilidad. Ante la necesidad de un contexto que garantice el equilibrio en la salud física y mental, la cárcel la deteriora intensamente. Frente la necesidad de un espacio en el que se garantice su intimidad, la cárcel no lo posibilita. Ante la necesidad que todo ser humano precisa de un contexto en el que la violencia no sea la forma continua de relación, la cárcel no lo ofrece.

Obviamente el cumplimiento de una pena de la cárcel supone una limitación de esas capacidades, de lo contrario esta pena no tendría razón de ser, pero la estancia de por vida, o por más 25 años, entre muros, concertinas y barrotes, supone llevar al límite de lo humanamente aceptable las condiciones el internamiento penitenciario. Sin duda, la cárcel genera un intenso sufrimiento humano y, si desborda la capacidad de soportarlo, la pena se convierte en inhumana y, por tanto desde un punto de vista jurídico, ilegítima. Nadie está exento de entrar en una cárcel, cada vez menos personas pueden avalar esa certeza.

La prisión perpetua niega el mandato constitucional del derecho a la reeducación social —art. 25.2 CE—. Éste exige que la forma de cumplimiento de la pena de prisión evite generar consecuencias en la mente del ser humano condenado que le impidan integrarse nuevamente en la sociedad para desarrollar su proyecto vital —derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con la reinserción social—. Estos objetivos son imposibles a partir de 20 años de encierro penitenciario continuado, pues la mente humana queda «gravemente incapacitada» para hacer frente con un mínimo de equilibrio a las exigencias relacionales y de responsabilidad de la vida en libertad. En consecuencia y en esta línea, una pena de prisión que dure toda la vida atenta contra este derecho.

La cárcel genera en las personas una sensación de permanente peligro. La extremada tensión del ambiente, con frecuencia dará lugar a que, como íntimo mecanismo de defensa de la propia salud mental, la persona tienda a proteger su propio «Yo», lo que, en ese contexto, le lleva a un exagerado egocentrismo. La vida en prisión incrementa el aislamiento, el recelo y la desconfianza frente a los demás, se construye una nueva cárcel dentro de la cárcel. La persona tiende a aislarse en sí misma. Ello genera graves consecuencias en la forma de afrontar las relaciones cuando la persona sale de prisión y tiene que volver a establecer relaciones sociales. Todos sabemos que sin confianza no hay posibilidades de relación. Este es uno de los motivos por los que la persona presa, al salir de la cárcel, se queda sola. Y la soledad lleva a la exclusión, marginación y a la muerte social. Por otro lado, el sentimiento de indefensión viene provocado no sólo por la violencia institucional y personal en que la persona presa se encuentra inmersa, sino también por la falta de garantías legales para proteger la propia identidad que muchos presos experimentan o creen experimentar. La poca estimulación que se recibe en una cárcel es muy repetitiva y violenta. La violación de la intimidad es constante. Los presos, además de estar siendo observados continuamente (en muchos casos, por ejemplo, a través de cámaras permanentes a todas las horas), no puede disponer de un mínimo de espacio ni de tiempo realmente propio y organizado por la propia persona. Los cambios tan habituales de cárcel o de celda o la intromisión en ésta, a cualquier hora del día, de los funcionarios para realizar cacheos, con la obligación de desnudarse, son unas ceremonias de degradación¹ que generan una enorme indefensión. La indefensión viene

¹ H. Garfinkel, «Conditions of successful degradation ceremonies», *American Journal of Sociology* 61 (1956): 420-424. Es la primera referencia que desarrollaría en ulteriores obras.

dada fundamentalmente por no saber a qué atenerse, por no poder controlar siquiera la seguridad de que se va a dormir esa noche de un tirón, sin que le despierten y le invadan la celda para hacer cacheos, de no saber cómo responder ante todo ello, y por sentir que, haga lo que haga, va a dar igual, pues las respuestas que probablemente reciba no están conectadas necesariamente con las consecuencias que cabe en buena lógica esperar. Todo contribuye a exacerbar el sentimiento de inseguridad vital. Este abandono del deseo de vivir, que conduce a muchos a adoptar una actitud fatalista y apática, no es sino otra forma más de expresar la depresión profunda que genera la cárcel. La depresión es el síndrome más generalizado, prácticamente en una u otra medida, nadie escapa de ella, y una elevadísima proporción de presos se ve obligada a llevar tratamiento mediante antidepresivos; el prozac, y medicamentos similares, son compañeros habituales de la vida en prisión. Aunque con frecuencia el tratamiento se rechaza pues tras él se adivina la sombra de una pérdida aún mayor de control sobre la propia vida, la pérdida del último reducto de autonomía y control sobre uno mismo.

Entre las consecuencias psicológicas negativas que impone la cárcel, el odio es una de ellas. El odio como secuela, como subproducto de la cárcel, hace aparecer la venganza como objetivo; es así mismo el resultado de la vida en prisión: el deseo de vivir para tomarse un desquite. El fracaso de los programas de reinserción se encuentra alimentado una y otra vez por la dinámica del odio.

La pena de prisión permanente niega el mandato de reinserción social. El sistema penitenciario ha de dejar siempre una puerta abierta a la esperanza para contribuir a que el interno avance en la línea de su futura reinserción. Aunque la suspensión de la condena se pudiera aplicar pasados los 20 años ininterrumpidos de cárcel, los efectos del encarcelamiento prolongado son tan desbastadores en la mente, que hacen casi imposible la reinserción social. Como señala el informe del CGPJ al ACP un fracaso en el tratamiento penitenciario produce una postergación indefinida de la puesta en libertad del condenado pudiendo llegar hasta el fin de sus días, lo que lleva a dudar de que la pena de prisión perpetua sea conciliable con la Constitución.

Por último, la indeterminación de la pena perpetua revisables atenta contra el principio de legalidad establecido en el art. 25.1 CE. Así pues, el principio de legalidad penal exige que las penas se encuentren perfectamente determinadas en su forma de cumplimiento y extensión en el Código penal. Así, la propia definición de esta pena que la exposición de motivos cataloga como una pena de «prisión de duración indeterminada», vulnera abiertamente el mencionado prin-

cipio de legalidad, recogido en el art. 25.1 CE. La imprevisibilidad del contenido temporal de la pena priva de libertad que se genera con la incertidumbre de las posibles salidas —permisos, régimen abierto, suspensión de la condena— confiados a la discrecionalidad de las autoridades penitenciarias, confieren a la sanción penal un carácter arbitrario y desigual, como tal enfrentado a la dignidad humana; estas razones son suficientes para deslegitimarla. Los ciudadanos deben saber de antemano no sólo el ámbito de lo prohibido, sino también sus consecuencias.

5. *Los errores judiciales*

Existen posibilidades de un error judicial que sería irreparable. Y en caso extremo, pero posible... ¿si resulta, que el condenado lo haya sido por un error judicial? Los errores judiciales en penas como esta son irreversibles. La historia confirma reiteradamente que las políticas orientadas exclusivamente a la prevención de delitos y a la búsqueda de la seguridad ciudadana pueden generar más violencia que la que se pretende prevenir, porque la seguridad y la libertad no sólo son amenazadas por los delitos, sino también por las penas excesivas, despóticas, por las detenciones policiales arbitrarias, en fin, por el ejercicio del Estado mismo en su potestad punitiva.

6. *Otras consecuencias indeseables*

La pena de prisión permanente conlleva otras consecuencias indeseables. Además de las razones expuestas de orden jurídico, la pena de prisión permanente genera disfunciones graves que deben ser tenidas en cuenta, y que conviene que nos planteemos. A saber:

- ¿En qué condiciones de seguridad se deja a los profesionales de la administración penitenciaria frente a personas que ya no tienen nada que perder porque se les arrebatan sus expectativas de libertad?
- ¿En qué condiciones quedarán en los centros penitenciarios, cuando quienes ahora cumplen largas condenas se encuentran sin actividades específicas, viendo pasar el tiempo como un abismo sin fin?
- ¿Con qué medios económicos —personales/materiales— cuenta la administración penitenciaria para hacer frente a esta medida?

Recordemos que la estancia en prisión por persona/año cuesta 36.000 euros aproximadamente.

- ¿Cómo va a influir en la ya existente masificación penitenciaria?
- ¿Por qué no se ha hecho un informe del impacto económico que tendrá esta medida relacionado con el endurecimiento generalizado en la extensión y en el cumplimiento de las penas de prisión que implica esta reforma penal?
- ¿Prevé el pre-legislador que las cárceles se terminarán convirtiendo en geriátricos?... En España hay 351 presos de más de 70 años. La cifra subió del 0,9 en 1985 al 3% en 2012. Y, posiblemente no es porque delinca más, sino porque las condenas son cada vez más largas. EEUU es el país con más personas presas: 2,3 millones. De 1980 a 2012, el censo creció 11 veces más que la población general. Un informe de la Unión Americana de Libertades Civiles señaló que el número de personas mayores de 50 años crece como una «pandemia». Según el Instituto Nacional de Correccionales, existen 245.000 personas mayores de 55 años en 50 centros penitenciarios. Se prevé que en 2030 haya 400.000 personas. Esta situación tiene un componente económico. Cada preso de más de 50 años origina un gasto al gobierno federal de EEUU que asciende a 68.000 dólares al año; y uno de edad media, 34.000. Según los datos oficiales, las personas de más de 55 años cuestan al año a los contribuyentes norteamericanos 1.600 millones de dólares.
- ¿Puede el legislador someter a los jueces que impongan esta pena en sus sentencias a la responsabilidad ética de saber que —aun aplicando escrupulosamente la ley penal o precisamente por ello— las personas condenadas posiblemente morirán en la cárcel?

7. *Las condenas eternas de prisión*

En España existen condenas eternas de prisión. Son aquellas que superan los límites máximos establecidos en el Código penal vigente. Estas condenas deberían ser el objetivo del legislador para dar solución a esta desproporcionada e injusta situación de decenas de personas presas. En la actualidad existen más de dos centenares de personas en el Estado español condenadas por varios delitos con liquidaciones de condena que exceden en suma aritmética de los límites establecidos en el Código Penal para la pena de prisión. Recordemos que, según el Código, el límite ordinario es de 20 años —art. 36 CP—, al que deben

añadirse cuatro límites extraordinarios: triple de la pena más grave, 25, 30 y 40 años —art. 76 CP—.

Las condenas que rebasan la cronología de una vida humana vulneran los principios constitucionales de reeducación y reinserción social —art. 25.2 CE—, la dignidad —art. 10 CE—, la promoción de la igualdad real y efectiva —art. 9.2— y la proscripción de tratos inhumanos y degradantes —art. 15 CE—. Todo ser humano privado de libertad debe albergar la esperanza de que un día pueda salir en libertad. Si este horizonte penal queda cerrado por las condenas debido a que la suma de las mismas las haya convertido, de hecho, en una cadena perpetua, las consecuencias que esta situación genera son graves desde el punto de vista de la prevención de delitos y del mantenimiento del orden dentro del centro penitenciario.

II. Algunos apuntes sobre los aspectos más importantes de la nueva regulación de la suspensión y la sustitución de la pena

1. *Introducción*

Es por todos conocido, tanto profesionales del derecho como ciudadanos alejados del ámbito penal, que el ordenamiento jurídico permite que determinadas penas privativas de libertad, cuando concurren determinados requisitos establecidos en el Código penal, puedan quedar suspendidas durante un tiempo a cambio de que la persona condenada cumpla unas condiciones; también pueden ser sustituidas por otras que evitan el ingreso en la cárcel (pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad). El fundamento de estas alternativas a la prisión reside en que ante determinadas penas debe prevalecer la función de prevención especial (reinserción social —art. 25.2 Constitución Española, en adelante CE; y demás normas de Ley Orgánica General Penitenciaria, en adelante LOGP). Se intenta evitar las graves consecuencias que el ingreso en la cárcel tiene para los seres humanos en sus ámbitos personales, familiares y sociales². Estas dos instituciones se encuentran reguladas por

² Incrementar las posibilidades de recuperación de la persona condenada, potenciando la prevención especial, sobre la general (AAP, Castellón, secc. 1.ª, 98-A/2000, de 10.4), evitando la pena innecesaria desde ambas prevenciones (AAP Cádiz, secc. 8.ª, 73/2002, de 18.6). Evitar el efecto corruptor de cárcel en los delincuentes primarios (STC 165/1993, de 28.6). Evitar el ingreso en prisión de las penas cortas de cárcel (STC 251/2005 de 10.10). Otorgar al penado la oportunidad de rehabilitación otorgándole un margen de confianza y una oportunidad de rehacer la vida (AAP, Madrid secc. 17.ª, 188/2000, de 25.2).

separado en el vigente código penal: la suspensión (arts. 80-87 CP), por un lado, y la sustitución por otro (art. 88-89 CP).

La denominada suspensión (remisión condicional) de la pena impuesta se puede aplicar cuando la pena impuesta no es superior a dos años, el penado es la primera vez que delinque y ha satisfecho la responsabilidad civil (art. 81 CP). En estos casos, la pena se suspende durante un plazo de tiempo, transcurrido el cual, si se han cumplido las condiciones que eventualmente pueden ser impuestas por el juez y que vienen recogidas en el art. 83 CP, queda extinguida. Si no se cumplen, la pena suspendida tiene que ejecutarse. Un ejemplo sencillo por si algún lector ajeno al derecho penal se acerca a leer este texto: si una persona es condenada por un delito de lesiones a la pena de 6 meses de prisión y el Juez acuerda por una resolución el día 1 de enero de 2012 que se suspende por un plazo de 5 años, la persona condenada no ingresará en prisión, pero el 1 de enero de 2017, el Juzgado comprobará si se han cumplido las condiciones impuesta (no delinquir y otras, en su caso—art. 83 CP—); si en ese plazo de tiempo comete un delito, pongamos como ejemplo, uno contra la seguridad del tráfico del art. 379 CP y se le condena a una pena de prisión de 3 a 6 meses o a una multa, al haber delinquido, tiene que cumplir la pena suspendida de 6 meses por el delito de lesiones; cinco años después de impuesta, además de la que corresponda al nuevo delito contra la seguridad del tráfico.

En cambio, el régimen de sustitución es distinto. Permite que unas penas se sustituyan por otras menos lesivas para determinados bienes de la persona condenada; normalmente se sustituye la prisión por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad. En la sustitución no se prescinde de la ejecución de la pena, sino que se opta por ejecutar una distinta de la privativa de libertad que inicialmente correspondía al delito cometido. Por tanto, la naturaleza es diferente a la suspensión. En el ejemplo anterior, si el juez opta por sustituir la pena de prisión de 6 meses por una multa (360 cuotas a pagar) en resolución dictada el día 1 de enero de 2012, si se paga la multa el día 3 de enero de 2012, la pena queda extinguida y por tanto, si luego comete un delito contra la seguridad del tráfico del art. 379 CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas) cumplirá al pena de prisión o de multa que imponga en juez por este delito, pero no la de lesiones que inicialmente se impuso porque ya quedó extinguida.

Vemos, pues, que la diferencia es sustancial, mientras una permite extinguir la responsabilidad penal de forma inmediata (la sustitución), la otra, supone el sometimiento durante un plazo entre dos y cinco años a una serie de condiciones, entre las que se encuentra, obviamente, la de no delinquir.

2. *Modificaciones más importantes propuestas en el Proyecto de Reforma del Código penal*

a) UNIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN Y LA SUSTITUCIÓN

El Proyecto establece la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad no sólo como una condición por la que puede optar el Juez a la hora de conceder la suspensión, sino como una modalidad específica de suspensión cuando se trate de varias penas que individualmente no superen los dos años. Ello supone la abolición de la institución jurídica de la sustitución de la pena introducida en el Código Penal por LO 10/1995 de 23 de noviembre. Así, se establece —art. 80.3 Proyecto de modificación del Código Penal, en adelante PCP—: «... siempre que no se trate de reos habituales (condenados previamente por tres o más delitos del mismo capítulo en cinco años)... podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no superen las de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y en particular el esfuerzo por reparar el daño causado, así lo aconsejen (esta redacción es similar a la del art. 88 CP que regulaba en la actualidad la sustitución de la pena). En estos casos la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a las posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento al que se refiere el art. 84.1. *Asimismo se impondrá siempre una de las medidas a que se refiere el apartado 2) o 3) del art. 84.1* —el pago de una multa, cuya extensión determinará el juez en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resulta de aplicar dos cuotas multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de duración;... o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad»... De manera que la única alternativa para evitar la prisión es la suspensión de la pena.

Esta regulación tiene tres efectos perjudiciales para los ciudadanos que afectan directamente a los fines preventivos especiales (reinserción social) que trata de evitar la prisión cuando ello sea aconsejable y posible por todas las circunstancias concurrentes:

1.º Al reducir la sustitución a una modalidad específica de suspensión se afecta a la persona condenada: por un lado porque en todo caso se le somete a un período de suspensión³ durante el que estará

³ Los plazos de suspensión continúan igual que en el actual Código penal: de 3 a 6 meses para penas leves, de 2 a 5 para penas privativas de libertad inferiores a dos años y de 3 a 5 en caso de suspensión para drogodependientes (Art. 81 CP).

sometido al control penal, a través del cumplimiento de una o varias condiciones (prohibiciones, deberes, obligaciones). En la regulación actual no tiene por qué ser así cuando el juez entiende que por las condiciones y situación del penado no es necesario este plazo de «sometimiento a prueba» y opte por la sustitución de la pena de prisión por una de multa o por la de trabajos en beneficio de la comunidad.

2.º Se puede hacer cumplir una pena (la suspendida) si se comete otro delito, siendo indiferente que sea grave o que sea leve, *si pone de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida* (art. 87.1 PCP). En cambio, cuando de haberse optado por la sustitución, en vez de por la suspensión, esto no hubiera ocurrido. Pero, en el Proyecto, al quedar la sustitución unificada con la suspensión, el pago de la pena de multa, si se hubiese sustituido, es una condición de la suspensión y por tanto, siempre se estará bajo el régimen de aquella. Si cometiere un delito, siempre tendrá que cumplirse la pena del nuevo delito y la suspendida.

3.º El plazo de cancelación los antecedentes penales puede ampliarse al incluir la sustitución en la suspensión. Con la actual regulación, una persona puede solicitar al juez que una pena sea suspendida por un plazo de tiempo, transcurrido el cual sin delinquir y habiendo cumplido en su caso las condiciones establecidas la pena queda extinguida. A partir de aquí, hay un tiempo en el que la pena «ya cumplida» sigue teniendo efectos —penales, a través de la agravante de reincidencia, y de carácter social-estigmatizador al tener el ciudadano «antecedentes penales»—, hasta que se cancelen definitivamente, para lo que se establecen una serie de plazos temporales que han sido incrementados en el proyecto —art. 136 CP, el informe del CGPJ los califica de desproporcionados—. En los casos de suspensión de la pena para la cancelación de antecedentes penales se procede de la siguiente manera: «una vez obtenida la remisión de la pena, se computa retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiera quedado cumplida la pena si no se hubiera disfrutado de este beneficio; en este caso se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente del otorgamiento de la suspensión». Pongamos un ejemplo: el juez puede suspender una pena de prisión de 6 meses por un plazo de hasta cinco años. En el caso de esta pena, el plazo de cancelación es de 2 años. De manera que, en el ejemplo que pusimos líneas atrás, si a una persona se le condena a una pena de 6 meses y se acuerda en una resolución dictada el 1 de enero de 2012 que se suspende por cinco años, hay que esperar al 1 de enero de 2017 a que la condena se extinga definitivamente para hacer el cómputo de la cancelación. El día que se entenderá que la pena hubiera comenzado a

cumplirse de no habersele concedido la suspensión es el 2 de enero de 2012, y que se cumplirá (al ser 6 meses) el 2 de julio de 2012. A esa fecha hay que sumarle los dos años para la cancelación de manera que esta se hubiera producido el 2 de julio de 2015, por lo que efectivamente en esa fecha la pena estaría cancelada, pero dicha operación no tendría efecto, obviamente, hasta después de febrero del 2017 que es cuando acaba el plazo de suspensión. En cambio si esa pena de prisión se hubiera sustituido por multa y esta se hubiere pagado al día siguiente (el 2 de enero de 2012), el 2 de enero de 2014 tendría la pena cancelada; es decir 3 años antes. Por lo que claramente genera un perjuicio importante en cuanto a los plazos de cancelación.

El informe de la Fiscalía General del Estado al Proyecto cuestiona explícitamente la desaparición de la sustitución de la pena como institución específica en los siguientes términos: «cabe cuestionar la necesidad o la oportunidad de emprender en estos momentos tan rotundo cambio, atendiendo singularmente al hecho de que las formas sustitutivas de las penas cortas privativas de libertad, en cualquiera de sus modalidades de suspensión o sustitución, tal y como las conocemos, se viene aplicando con absoluta normalidad».

b) DETERMINACIÓN DE CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO NORMATIVO PELIGROSIDAD

En la regulación vigente se establece que el Juez o Tribunal podrá dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas basándose en la peligrosidad criminal del sujeto, así como la existencia de otros procedimientos criminales contra éste (art. 80 CP vigente). Debido a la dificultad de valoración de este término al consistir en un juicio de pronóstico sobre un comportamiento futuro, el Proyecto ha decidido establecer unos parámetros para evitar la vaguedad e indefinición. El prelegislador los introduce con el objetivo de que esa valoración pueda realizarse con mayores garantías; a estos efectos introduce el concepto de «no necesidad» de la ejecución de la pena para evitar la comisión futura de nuevos delitos. Para realizar esta valoración el Juez tiene que un juicio de inferencia («*cuando sea razonable esperar*») a partir de una serie de datos que vienen detallados en el art. 80.1 PCP): ... *el Juez o Tribunal valorará circunstancias del delito, personalidad del penado, sus antecedentes, la conducta posterior al hecho, esfuerzo para reparar el daño causado, circunstancias familiares y sociales y efectos que se pueda esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas impuestas.*

Es importante matizar que sería conveniente modificar el concepto «personalidad del penado» por «situación personal», aunque supon-

dría una duplicación de información, pues el resto de variables entrarían a formar parte de este concepto. El primero exigiría un informe psicológico en todo caso, lo que no es acorde con la disponibilidad y existencia de este tipo de medios profesionales adscritos a los Juzgados. En cambio, el resto de circunstancias son objetivables; ahora bien, como establece el PCP al poder decidirse sobre la suspensión en la propia sentencia, deberían haberse aportado datos al procedimiento que informe sobre los elementos que la ley establece para que la decisión pueda ser tomada. Por otro lado, sería positivo incluir el sometimiento del penado a un encuentro restaurativo («mediación») con la víctima. Sin duda, este aspecto permitiría deducir la asunción de responsabilidad por parte del infractor y sería patente el esfuerzo por reparar el daño causado.

c) MODIFICACIÓN DE REQUISITOS PARA LA CONCESIÓN

No existe una única suspensión con la exigencia de idénticos requisitos, sino que éstos cambian en función de las particularidades del penado. Así:

1.º **Suspensión ordinaria.** Los requisitos que han de concurrir para poder acordar esta suspensión son (arts. 80 y 81 CP vigente):

- Que el condenado haya delinquido por primera vez. No se computan los delitos imprudentes ni los antecedentes penales cancelados o susceptibles de cancelación.
- Pena o suma de las penas impuestas no sea superior a dos años sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.
- Satisfacción de la responsabilidad civil originada salvo que se declare la imposibilidad total o parcial oídos los interesados y el Ministerio Fiscal.

En el primer requisito se establece una importante novedad y que permite ampliar las posibilidades de la suspensión de la pena: *No se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por sus características o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de la comisión de futuros delitos* (art. 80.2 PCP).

En el tercer requisito también se establece una modificación para posibilitar que quien carezca de bienes en el momento de la resolución judicial pueda ser beneficiario de la suspensión. Así, el Proyecto entiende «cumplido este requisito cuando el penado asume *el compromiso de satisfacer* las responsabilidades civiles de acuerdo con su capacidad económica y de facilitar el comiso acordado, y sea *razonable*

esperar que el mismo sea cumplido» (art. 80.2 PCP). Se necesitará no sólo la expresión firme y decidida de cumplimiento de los pagos, sino también que se demuestre la existencia de posibilidades para ello, que pueden ir desde la presentación de bienes o un salario, hasta la búsqueda activa de trabajo en caso de carecer de él. No sería justo que una persona no pudiera obtener los beneficios de la suspensión por carecer de empleo; supondría un trato desigual y discriminatorio por motivos económicos, y en la época actual de crisis supondría penalizar doblemente la pobreza. Para evitar este trato, o bien se debería suprimir los términos «y sea razonable esperar que el mismo sea cumplido», o que los jueces lo interpreten de forma flexible en el sentido de valorar la voluntad decidida de búsqueda de empleo y bienes. Esto exigiría la presentación de documentos que acrediten la imposibilidad total o parcial de hacer frente al pago y el esfuerzo por el pago. En coherencia con esta idea, entre las causas de revocación de la suspensión se encuentra «incumplir el compromiso de pago de las responsabilidades civiles, salvo que careciera de capacidad económica para ello».

Por otro lado se incorpora un límite a la concesión de la suspensión basado en elementos puramente subjetivos. Así, se establece «no se suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito». De todos es conocida la enorme influencia que tienen los medios de comunicación en la generación de la alarma social que acaba con la desconfianza de los ciudadanos en la justicia penal; una situación injusta, parcial, subjetiva y creada artificiosamente. Suele venir precedida de una excesiva e interesada intervención, bien del Ministerio del interior para reafirmar simbólicamente su papel, bien por determinados grupos de presión con intereses de diversa índole. Hacer depender la suspensión de una pena de la sensación de alarma social generada por «una desconfianza general de la vigencia de la norma» es injusto, injustificado e innecesario. Supone una instrumentalización de la persona condenada en función de un interés general, nada objetivo y, además, modificable en función de las circunstancias del contexto social creado por los medios de comunicación. Aquí la dignidad del penado queda vulnerada al ser instrumentalizado. Los únicos criterios para la denegación de la suspensión tendrían que centrarse exclusivamente en los que la ley establece en el art. 80 PCP: no necesidad de la ejecución de la pena para evitar delitos en el futuro. Y más, nada.

2.º Suspensión por enfermedad grave con padecimientos incurables. La suspensión podrá acordarse sin cumplir los requisitos establecidos para la suspensión cuando el penado esté aquejado de una

enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo (art. 80.4 CP). Este supuesto que se mantiene tal cual en el proyecto (art. 80.5 PCP).

3.º Suspensión para drogodependientes. Esta suspensión está destinada a buscar la rehabilitación de las personas que delinquieron por su adicción a las drogas. Aún cuando no se cumplan los requisitos establecidos en los apartados 1.º y 2.º del art. 81 CP (pena inferior a dos años y primariedad delictiva) el Juez o tribunal podrá acordar tras oír a las partes la suspensión de las penas privativas de libertad no superiores a 5 años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a las sustancias señaladas en el art. 20 2.º CP, siempre que se certifique por centro o servicio público o privado que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. Además se solicitará, en todo caso, informe al Médico Forense sobre estos extremos (art. 87.4 CP vigente). En esta modalidad el proyecto incorpora dos modificaciones: i) El juez podrá realizar las comprobaciones que estime oportunas, pero el Proyecto no se hace referencia al informe del Médico Forense, lo que amplía las posibilidades de aportación de pruebas. ii) Se suprime la obligación de los centros o servicios responsables del tratamiento de facilitar al juez en los plazos señalados y nunca con una periodicidad superior a un año la información sobre la evolución y modificaciones. Lo que no impide que el juez lo solicite cada vez que considere oportuno. Ambas modificaciones están destinadas a mejorar la eficacia en la gestión de la aplicación y evolución de esta medida.

Queda por definir el ámbito de aplicación personal de esta suspensión en el sentido de si es necesario de que se acredite en sentencia como atenuante o eximente la adicción a drogas, o no. Algunos Jueces vienen exigiendo esa acreditación en la sentencia, pero otros, no. La rapidez de la instrucción, la falta de preocupación de determinados abogados impiden acreditar este extremo el día del juicio. Es por lo que se debería establecer la posibilidad de que la vinculación conducta delictiva-adicción a sustancias del art. 20.2 CP, pudiera hacerse con posterioridad a la sentencia⁴.

⁴ En este sentido el Auto de la AP de Lugo de 13.5.2002 establece el requisito no es que se recoja en sentencia la dependencia a las sustancias tóxicas del imputado, sino que el hecho se haya cometido como consecuencia de tal dependencia, lo que puede deducirse no solo del tipo de delito por el que ha sido congado (delito contra la salud pública) sino también por el hecho de estar sometido a un tratamiento deshabitador; por todo ello estima el recurso de apelación y concede la suspensión del art. 87 condicionado a que se supervise la evolución del tratamiento.

4.º **La unificación de la sustitución en la suspensión.** Como ya indicamos líneas atrás, cuando se trate de varias penas, las que no superen individualmente las de dos años podrán suspenderse, siempre que el penado no sea reo habitual (condenados previamente por tres o más delitos del mismo capítulo en cinco años —art. 94. CP—), cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y en particular el esfuerzo por reparar el daño causado, así lo aconsejen (esta redacción es similar a la del art. 88 CP que regulaba en la actualidad la sustitución de la pena). En estos casos la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a las posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento al que se refiere el art. 84.1. Además se impondrán las medidas el pago de una multa, cuya extensión determinará el juez en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resulta de aplicar dos cuotas multa por cada día de prisión. O la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. De manera que la multa y los TBC quedarán unificados con las obligaciones, prohibiciones y deberes establecidos en art. 83.1 PCP. No es fácil encontrar acomodo a la multa entre las obligaciones, prohibiciones y deberes por su carácter naturaleza de pena. Es más sencillo dar esta naturaleza a los TBC.

d) MODIFICACIONES EN LA TRAMITACIÓN

La suspensión se dictará mediante resolución motivada dictada con urgencia una vez se declare la firmeza de la sentencia y habiendo oído a las partes (art. 82 CP). El Proyecto, con el objetivo de agilizar los trámites, establece que *se resolverá en sentencia sobre la suspensión siempre que resulte posible y, de no ser así, se procederá con la urgencia que menciona el actual art. 82 CP*. La suspensión se computará desde la fecha que la resolución acuerda y, de haber sido acordada en sentencia, desde que esta hubiese *devenido firme*. *No se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía (art. 82.2 PCP)*.

Se olvida el prelegislador de la obligación que tiene el Juez de oír a las partes antes de resolver sobre la suspensión en cualquier de sus modalidades (obliga a *oír a los ofendidos sólo en los delitos que pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela, art. 80.7 PCP*), incluso en la determinación del plazo, al que el Proyecto sólo permite la audiencia al fiscal; se deberían unificar todas las audiencias antes de la decisión judicial y no en dos momentos, el de decidir y en el de establecer plazo. El TC en sentencia 248/2004, de 20 de diciembre expresa que la audiencia al penado constituye una exigencia ineludible

que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión —art. 24. 1 CE—⁵.

e) MODIFICACIONES EN LAS CONDICIONES

La imposición de determinadas condiciones durante el plazo de suspensión las determina el Juez. En el Proyecto se concretan unos criterios para ello: «cuando resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos»; además añade un límite a su adopción: «no pueden ponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados» (art. 83.1 PCP).

El Proyecto amplía la posibilidad de imponer estas medidas a la pena de localización permanente o de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa, al omitir expresamente la referencia a la pena de prisión y extenderla al término «penas privativas de libertad». Ello choca frontalmente con el límite impuesto en el art. 83.1 PCP de «exceso o desproporción», pues las condiciones impuestas debido a la escasa gravedad de los delitos para los que se aplican penas de localización permanente o RPS en caso de multa, será en todo caso desproporcionada. En la actualidad sólo es posible la aplicación de estas medidas cuando la pena es de prisión (art. 83.1 CP vigente). Las medidas vigentes son las siguientes

- Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos. El Proyecto añade una obligación tan de sentido común como necesaria: «se ha de comunicar siempre a las personas en relación a las cuales se acuerda».
- Prohibición de acudir a determinados lugares. El Proyecto añade una limitación para evitar la vaguedad de esos términos, estableciendo una vinculación con la posible comisión de delitos futuros: *de que en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos*. El problema es determinar, concretar y probar esta vinculación. Se abandona el Derecho penal garantista para convertirlo en un Derecho penal de sospecha; es una extralimitación poco acorde con un Estado de Derecho.

⁵ La jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo al interpretar el art. 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha establecido que la privación de libertad debe poder ser impuesta o revisada en proceso contradictorio, de igualdad de armas, en el que se otorgue al sometido a restricción de libertad la posibilidad de alegar sobre los fundamentos específicos de dicha restricción (STEDH de 23 de septiembre de 2004, asunto Hotsaridis v. Grecia, entre otras).

- Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida. En el Proyecto se establece: *obligación de mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del Juez o Tribunal.*
- Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.
- Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares.
- El Proyecto añade la obligación de participar en programas de deshabituación al consumo de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes. Esta referencia en principio parece superflua porque si la persona delinque por la adicción a estas sustancias, el Juez puede hacer aplicar la suspensión prevista en el art. 87 CP, y por tanto, la condición es el ingreso en un centro de rehabilitación; sólo podría ser aplicado cuando no se acredite la vinculación entre delito y adicción. Por otro lado, se exigiría el consentimiento expreso del penado (art. 2.2 L 41/2002 de 14 de noviembre) lo que hace difícil la imposición como «obligación».
- Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.
- El Proyecto incorpora una medida de casi imposible observancia: *Prohibición de establecer contacto con personas determinadas de las que se sospecha que pueden facilitar al penado la ocasión para cometer nuevos delitos. En relación a ellos también se puede prohibir establecer relación, ofrecer empleo, facilitar información o albergar.* ¿Quién será el encargado de probar esa relación de peligrosidad? Hacer depender la revocación de la suspensión por la relación con personas que supuestamente le puedan facilitar la ocasión de cometer nuevos delitos establece la posibilidad de realizar juicios de peligrosidad en personas que no han sido ni detenidos ni juzgados.

El Proyecto, a su vez, establece la posibilidad de condicionar la suspensión a: *el cumplimiento del acuerdo de las partes en el proceso de mediación, el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.* Es muy positivo que se introduzca la mediación en el Código penal.

En la actual regulación, cuando se trata de delitos relacionados con la violencia de género, el juez o tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en los puntos 1, 2 y 5 de este apartado. El Proyecto determina los delitos a los que tienen que imponer obligatoriamente unas medidas: *los delitos de los Títulos III, IV, VII y VIII cometidos contra la esposa del autor o la mujer que haya estado ligada o unida a él por una relación similar de afectividad, aún sin convivencia y establece la obligatoriedad de imponer lo recogido en los puntos 1, 2 y 6.*

Además se establece la comunicación de algunos de estos deberes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y del resto a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas que velarán por su cumplimiento e informarán de cualquier quebrantamiento o circunstancia relevante que influyese en la peligrosidad del penado.

f) MODIFICACIONES EN LA REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN

En este aspecto el Proyecto tiene dos importantes reformas. A mi entender una positiva y otra negativa. La primera constituye una buena noticia: *la revocación de la pena necesita no sólo la comisión de un delito en el período de suspensión o con anterioridad al mismo, sino que con ello se ponga de manifiesto que expectativa en la que se fundaba la decisión adoptada ya no puede ser mantenida.* Ello significa que una persona que tenga la condena suspendida, si comete otro delito, el juez podría no revocarla si no existe ese juicio de inferencia que le lleve a relacionar el nuevo delito y la frustración de la expectativa de no delinquir. La segunda, negativa. Que la revocación puede ser aplicada cuando se cometa un delito con anterioridad al plazo de suspensión. La seguridad jurídica exigiría que sólo se tuviesen en cuenta los cometidos a partir del plazo de suspensión y no los anteriores (art. 86.1 PCP).

Según la legislación vigente, la suspensión se revocará si el sujeto delinquiera de nuevo y, en el caso de infringir las obligaciones anteriormente relacionadas, se podrá sustituir las obligaciones por otras distintas, prorrogar el plazo de suspensión o revocar la suspensión. El Proyecto prevé las mismas situaciones, pero distingue el «incumplimiento grave» del «no grave o reiterado»; el primero conllevará directamente la revocación (art. 86.1 PCP); el segundo y el tercero, la posibilidad de imponer nuevas prohibiciones o prorrogar el plazo de suspensión en caso de incumplimiento que no hubiese sido grave o reiterado (art. 86.3 PCP). Quedará en manos del juez fijar y dar contenido al concepto «gravedad», que por lo pronto tiene que ser expresivo de una voluntad firme y decida de abandono e incumplimiento de la obligación;

distinguiéndolo del menos grave o reiterado en el que la voluntad firme de abandono e incumplimiento de la obligación no existe, sino que se observa un actitud de dejadez o falta de interés.

Asimismo, el Proyecto, atendiendo a la protección del interés de la víctima y de su derecho a ser resarcida en los daños sufridos, contempla como supuesto de revocación de la suspensión: «el facilitar información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiese sido acordado, el no dar cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiese sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello, o el facilitar información insuficiente o inexacta sobre su patrimonio».

El Proyecto no recoge la obligación del trámite de audiencia al penado y a las demás partes. Es de suma importancia porque si se le va a revocar la suspensión y como consecuencia aparece el ingreso en prisión, el juez debería oírle para que aportase en su descargo los argumentos que considerase convenientes. De igual manera se suscita el problema de que no se encuentre para notificarle el auto de concesión de la suspensión; en este caso, antes de proceder a su revocación, habría que oírle en todo caso, pues pueden ser varias las situaciones que explique que una persona no comparezca cuando se le requiera o no se le localice: se queda sin casa, no entiende el lenguaje jurídico, desconexión con el abogado y el procurador... por eso, si se estableciese como causa de revocación que supusiera el ingreso en la cárcel, antes tendría que ser oído.

Una vez transcurrido el plazo de suspensión sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida y habiendo cumplido las condiciones impuestas se acordará la remisión de la pena (art. 87.1 CP). En el caso de la suspensión de la pena a aquellos que hubiesen delinquirido por dependencia a las sustancias del art. 20 2.º CP, será necesario para la remisión de la misma la acreditación de la deshabituación o la continuación del tratamiento.

Por último, el Proyecto añade la posibilidad de *revocación de la suspensión cuando el penado hubiera sido condenado con posterioridad a la finalización del plazo de suspensión por un delito cometido durante el período de suspensión o con anterioridad al mismo y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. En este caso la suspensión sólo puede ser acordada si no hubiera transcurrido más de un año desde la terminación del plazo de suspensión y deberá acordarse dentro del plazo de seis meses desde la firmeza de la sentencia de condena* (art. 86.2 PCP).

g) MODIFICACIONES EN LA SUSTITUCIÓN

Tal y como ya apuntamos con anterioridad este supuesto de sustitución tradicional desaparece en el Proyecto pasando a ser una modalidad de la suspensión. La única regulación que prevé el Proyecto sobre la sustitución es sobre los extranjeros.

En el Proyecto se modifican las penas que pueden dar lugar a la sustitución de la prisión por expulsión. El actual art. 89 CP establece la sustitución para los reos extranjeros sin residencia legal en España. En el Proyecto se puede expulsar a los extranjeros tengan o no residencia legal en España cuando su pena de prisión sea superior a un año. Excepcionalmente cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional (88.1 PCP). Cuando la pena sea superior a cinco años de prisión, o varias penas que excedan de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional

Una segunda modificación consiste en que la expulsión es obligatoria, en principios, salvo que «a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada» (art. 88.4 PCP), cuando la pena sea entre uno y tres años; y, en cambio, en la regulación actual, el juez o tribunal podía no aplicar la expulsión, de forma motivada, cuando «hubiera razones que justificaran el cumplimiento de la condena en España». Ahora, sólo cuando resulte desproporcionada, este es el único criterio limitador de la expulsión.

La expulsión de un ciudadano europeo solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes o circunstancias personales. Si

hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además, hubiera sido condenado por uno o más delitos con la vida, la integridad física, libertad e indemnidad sexuales castigados con una pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave que pueda cometer delitos de la misma naturaleza. B) hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de una organización criminal (art. 88.4 PCP).

El juez o tribunal decidirá en la propia sentencia si ello fuera posible, o en los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la sustitución de la pena.

III. **La libertad condicional en la nueva regulación que contiene el PCP⁶**

1. *Consideraciones de carácter general*

Con la nueva regulación que se propone se modifica la naturaleza jurídica que actualmente tiene la libertad condicional y ello se hace sin derogar el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en el que expresamente se establece: «Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal».

La libertad condicional en nuestro sistema de ejecución de penas se configuró originariamente (Real Decreto de 3 de junio de 1902) como un periodo del sistema progresivo irlandés o de Crofton. Ese sistema progresivo se mantuvo en vigor hasta la implantación del sistema de individualización científica en virtud de la modificación del Reglamento de Servicios de Prisiones de 1956, en la redacción dada por el Real Decreto 162/1968, de 25 de enero, que sustituyó los periodos por grados de clasificación, el último de los cuales era la libertad condicional.

Con la nueva regulación del Proyecto se cambia radicalmente la naturaleza jurídica de la libertad condicional, pasando de ser el último grado de clasificación de una pena de privativa de libertad, a una suspensión de la condena. Son figuras jurídicas diferentes, puesto que

⁶ Este apartado se ha redactado gracias a las conversaciones con Ángel Luis Ortiz. Juez de Vigilancia penitenciaria de Madrid.

mientras la libertad condicional, es la última fase de una pena que el condenado, que ya ha pasado por prisión, comienza a disfrutar en libertad con ciertos controles, es decir, existe cierta continuidad, sin embargo la suspensión de condena, está pensada y diseñada para personas que por sus circunstancias y por la duración de la condena no necesitan ingresar en prisión porque su resocialización se puede lograr en libertad.

A ese cambio radical en la naturaleza de lo que hoy se conoce como libertad condicional, se añade además, una consecuencia jurídica que en el régimen actual no existe. Cuando se produzca una revocación de esa libertad condicional, el liberado condicional volverá a ingresar en prisión, tal y como hoy también sucede, pero deberá cumplir toda la condena que le faltaba desde el momento que fue puesto en libertad, es decir, cuando se le suspendió la condena (art. 90.6 PCP), ya que ese artículo literalmente contempla que «El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena». Sin lugar a duda la nueva regulación incide de manera mas gravosa sobre el liberado condicional, introduciendo caso de aprobarse la reforma una mayor dosis de incertidumbre sobre la duración de las condenas privativas de libertad.

2. Aspectos concretos que se modifican en el Proyecto de Código Penal en relación con la libertad condicional

El artículo 90 actual de Código Penal, exige para poder obtener la libertad condicional los siguientes requisitos:

- Estar clasificado en tercer grado.
- Haber extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- Tener buena conducta.
- Tener un pronóstico favorable individualizado y favorable de reinserción social. En los términos que establece el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. En ese artículo se recoge que el pronóstico individualizado de reinserción social tiene que contener los resultados logrados con el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro en libertad.

Por su parte el nuevo artículo 90 del PCP, exige los tres primeros requisitos antes mencionados, no menciona el pronóstico individualizado de reinserción social, y en su lugar establece que: «el Juez o Tribunal valorarán la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que

podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas»..

La regulación actual, claramente hace una proyección hacia futuro partiendo del presente, es decir, en el pronóstico individualizado hay que tener en cuenta los resultados logrados con el tratamiento, pero además hay que hacer un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro en libertad, ya que la reinserción y la rehabilitación social en los términos contemplados en el artículo 25 de la Constitución, son términos que hacen referencia al futuro de una persona que en su momento cometió un acto delictivo.

Sin embargo en la nueva regulación que se propone, para poder conceder la libertad condicional, hay que tener en cuenta algunas variables actuales como son «su conducta durante el cumplimiento de la pena», «sus circunstancias familiares y sociales», «su personalidad», algunas variables de futuro tales como «los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas impuestas» y además hay que volver a estudiar circunstancias que forman parte del pasado del penado, las cuales ya fueron tenidas en cuenta a la hora de condenarle y de cuantificar la duración de su condena, como son «sus antecedentes» y «las circunstancias del delito cometido». Estas dos variables deberían desaparecer de la regulación que se propone, pues no aportan ninguna información sobre el futuro comportamiento en libertad del penado. La decisión que se adopta al resolver sobre una libertad condicional, está fundamentada en datos actuales del penado y especialmente sobre pronósticos futuros, pero los antecedentes penales o las circunstancias del delito cometido, son variables que ya fueron valoradas en la sentencia condenatoria.

El artículo 90 del PCP en su punto 4 introduce también otro nuevo requisito que actualmente no aparece en la normativa que regula la libertad condicional, en concreto se establece que se puede denegar la suspensión de la ejecución (no se concederá la libertad condicional), cuando el penado «hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado». Se hace recaer sobre el condenado una obligación de colaboración con la justicia, que en algunos casos puede sobrepasar su grado de conocimiento sobre el paradero de los bienes que han sido objeto de comiso, con lo cual se le impone una obligación de difícil o imposible cumplimiento.

El artículo que se comenta (90 PCP), contiene dos imprecisiones de carácter procesal, que también se repiten en los artículos 91 y 92, y que

sería conveniente aclarar. En primer lugar sobre qué órgano judicial es el competente para acordar la libertad condicional o para revocarla, y en segundo lugar acerca de la forma, el momento y quién o quienes están legitimados para promover o pedir la libertad condicional de un penado.

Respecto del órgano judicial al que corresponde decidir sobre la libertad condicional (suspensión de la ejecución), el art. 90 del PCP, hace una mención al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

La otra cuestión procesal, que precisa de concreción se refiere a la forma, el momento y quién puede iniciar los trámites que afectan a la concesión o no de la libertad condicional a un penado. Este aspecto ni en la normativa actual ni en el Proyecto, se encuentra regulado de forma completa, a pesar de que existe la opinión unánime de que la libertad condicional, supone una modificación cualitativa importante de la pena privativa de libertad y que la decisión concediéndola o no es un acto jurisdiccional a través del cual se materializa el denominado sistema de individualización científica.

Al hilo de cuanto se acaba de exponer, sorprende que el expediente que sirve de base para adoptar la decisión judicial, este regulado en el Reglamento Penitenciario (art. 195 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) y que no exista ninguna previsión en el actual Código Penal ni en el PCP, que imponga a la Administración Penitenciaria la obligación de pronunciarse y en su caso remitir al juzgado de vigilancia penitenciaria la documentación necesaria para decidir sobre la libertad condicional de un interno cuando el mismo cumple las 2/3 partes o las 3/4 partes, sobre todo cuando se encuentran clasificados en 3.º grado. Esta falta de previsión provoca en la práctica que sean frecuentes las quejas de los internos, por no estudiárseles su libertad condicional, al cumplir las 2/3 o las 3/4 partes de su condena.

Sería deseable que en la reforma que se anuncia se contemplara la obligación de la Administración penitenciaria de pronunciarse de forma expresa sobre si un interno está en condiciones de obtener su libertad condicional, a la mitad de su condena (nuevo art. 90.3 PCP) a las 2/3 partes (art. 90.2 PCP) o a las 3/4 partes (art. 90.1 PCP). En los casos en los que ese pronunciamiento fuese favorable, la propia Administración debería notificarlo al interno y remitir el expediente de libertad condicional al juez de vigilancia penitenciaria. Cuando el pronunciamiento fuese desfavorable a la concesión, el mismo tendría que ser notificado al interno para que si lo desea pueda formular queja ante el juez de vigilancia penitenciaria.

En relación con esa cuestión, llama la atención que en el Proyecto cuando se refiere a la libertad condicional a las 3/4 partes (art. 90.1 PCP), de la condena, se establezca que «el juez o tribunal valorará...»

y omite que ese valoración tiene que venir precedida de un expediente de libertad condicional que elabora la Administración Penitenciaria. Por otro lado cuando el art. 90.2 del PCP se refiere a la libertad condicional a las 2/3 partes, menciona que Instituciones Penitenciarias, tiene que hacer una propuesta, como si a las 3/4 partes, no fuera necesaria esa propuesta. En el caso de la libertad condicional a la mitad de la condena, omite de nuevo la propuesta de Instituciones Penitenciarias. Esta confusión de trámites según el tipo de libertad condicional a la que se tenga derecho, aparece de nuevo en el artículo 91 del PCP al referirse a los penados que hubieran cumplido los 70 años o que padezcan enfermedades muy graves con padecimientos incurables. En estos casos se regula que la Administración penitenciaria tiene que elevar el expediente de libertad condicional.

En definitiva parece razonable que, para todos los casos y con independencia de los requisitos propios de cada supuesto, se establecieran unos trámites similares que fuesen conocidos tanto por la Administración penitenciaria como por los penados y todo ello sin perjuicio de contemplar con carácter general una previsión normativa similar a la que aparece en el punto 7.º del artículo 90 del PCP, en el sentido de permitir al penado su derecho a pedir al juez o tribunal que se le conceda su libertad condicional cuando estime que tiene derecho para ello. Esa previsión normativa debería de completarse con otra en la que se garantizará el derecho de audiencia del penado, con carácter previo a cualquier resolución judicial sobre denegación o revocación de su libertad condicional, con objeto de que el juez de vigilancia penitenciaria antes de decidir conozca en todos los casos el punto de vista del interno.

Otro aspecto que resulta difícil de comprender es la remisión que se hace en el punto 5 del artículo 90 del PCP a los artículos 81, 82, 83 y 85 a 87 del Código (PCP, al referirse a la revocación de la libertad condicional, es decir, a la revocación de la suspensión de condena). En concreto, a la previsión que incluye el punto 3 del artículo 87. En ese punto literalmente se dice: «El Juez o Tribunal acordará la revocación de la suspensión y ordenará la ejecución de la pena ... cuando el penado hubiera sido condenado con posterioridad a la finalización del plazo de suspensión por un delito cometido con anterioridad a la misma. En este caso, la revocación de la suspensión solamente podrá ser acordada si no hubiera transcurrido más de un año desde la terminación del plazo de suspensión, y deberá acordarse dentro del plazo de seis meses desde la firmeza de la sentencia de condena».

Según ese artículo a un liberado condicional que haya finalizado su condena, se le puede revocar la libertad condicional, durante el año siguiente a la fecha en la que hubiera extinguido dicha condena, cuando

sea condenado por un delito cometido con anterioridad a la fecha en la que se le fue concedida dicha libertad condicional. Esa previsión no puede ser mas desafortunada y contraria al principio básico de seguridad jurídica, ya que durante el año siguiente a cumplir una condena se puede revocar la libertad condicional cuando exista una condena por delito con posterioridad a la fecha en la que finalizó dicha libertad condicional.

Esa vulneración del principio de seguridad jurídica en cuando a la duración de la pena privativa de libertad, se aprecia también en otros artículos de la reforma, especialmente a la hora de cuantificar el periodo por el que se concede la libertad condicional, ahora suspensión de la condena. Con la regulación actual, la duración de la libertad condicional, empieza desde la fecha en la que se concedía, hasta el día en el que se extinguía la pena, es decir, el mismo día que el condenado recibía la sentencia firme estaba en condiciones de saber el día en el que finalizaría la misma. En el futuro, de aprobarse la reforma en los términos que se anuncian, el periodo de libertad condicional (suspensión de la condena), puede ir de 2 a 5 años para penas privativas de libertad inferiores a dos años; de 3 meses a un año, para penas leves (art. 81 PCP). Teniendo en cuenta que en ningún caso según el punto 5 del artículo 90 del PCP podrá ser inferior a la duración de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. Según el artículo 92 del PCP (suspensión de la ejecución para condenados con pena de prisión permanente), la libertad condicional, tendrá una duración de 5 a 10 años. Como puede observarse el condenado no sabrá la duración de su condena privativa de libertad, hasta el mismo día en el que un tribunal le notifique la extinción de la misma.

Otro aspecto discutible que aparece tanto en la normativa actual, como en la reforma que se anuncia, es el que se refiere a los diferentes requisitos o trabas que el legislador introduce para limitar el poder de decisión del intérprete de la ley. Con esas trabas se impide que el juez pueda llevar a sus últimas consecuencias la individualización de la pena en función de las circunstancias personales que afectan a cada condenado. Estas disposiciones ponen de manifiesto un claro ejemplo de desconfianza del legislador hacia los intérpretes supremos de la ley. Ejemplos claros de cuanto se acaba de exponer aparecen en el art. 90.3 del PCP, al impedir que un condenado por un delito contra la libertad e indemnidad sexual pueda obtener su libertad condicional a la mitad de la condena. Aunque el juez entienda que esa persona reúne todos los requisitos que exige ese artículo no podrá otorgar la libertad condicional, si fue condenado por un delitos de los indicados anteriormente.

El apartado 8 del artículo 90 del PCP, es otro claro ejemplo de esos impedimentos legales que se imponen, y que impiden al juez el poder conceder la libertad condicional a un penado, a pesar de reunir los re-

quisitos que con carácter general establece la norma. Se trata de las condenas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o los delitos de terrorismo. El artículo 92 del PCP, también establece un régimen especial para la concesión de la libertad condicional, para los casos en los que se cumple una prisión permanente revisable, ya que en estos casos se exige el haber cumplido de forma efectiva 25 años de su condena de prisión.

En materia de libertad condicional el Proyecto, contiene dos novedades cuya valoración debe ser calificada como muy positiva. Por un lado el apartado 3 del artículo 90, al contemplar que en las condenas no superiores a los 3 años, se pueda conceder la libertad condicional a la mitad de la condena. Con una modificación de esta naturaleza se posibilita que el juez pueda individualizar de forma equitativa y justa la condena, pues sin esperar a las 2/3 partes de la pena, se podrá conceder la libertad condicional si el penado reúne el resto de condiciones que exige ese artículo.

También merece ser mencionada como positiva la redacción que se da al artículo 90.2 del PCP (libertad condicional a las 2/3 partes de la condena). Actualmente el artículo 91.1 del Código Penal exige para conceder la libertad condicional a las 2/3 partes, que el penado haya «desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales». Esa fórmula la cambia el apartado 2 del artículo 90, por otra en la que se exige que el penado haya «desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquellas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa». La nueva redacción es más completa y al mismo tiempo menos formalista que la anterior.

Finalmente señalar que aunque el PCP no modifica el artículo 93 del Código Penal, dicho artículo debe entenderse tácitamente derogado, ya que se refiere a la revocación de la libertad condicional y tal figura se regula en los artículos que el PCP dedica a la suspensión de condena.

3. *Propuestas para mejorar la regulación de la libertad condicional*

1.^a Mantener la naturaleza jurídica de la libertad condicional, con la estructura y finalidad que actualmente la define el Código Penal, es decir, como el último periodo de ejecución de una pena privativa de libertad, computándose en todos los casos el tiempo que permanezca en esa situación como tiempo de la condena.

2.^a Asignar claramente la competencia para decidir sobre la concesión o la revocación de la libertad condicional, al juez de vigilancia penitenciaria, por ser éste quien hace un seguimiento a la evolución penitenciaria del condenado, conociendo mejor que el tribunal sentenciador, las circunstancias personales y sociales del penado.

3.^a Recoger en el Código Penal, el régimen de requisitos, plazos y trámites que deben realizarse para la concesión de la libertad condicional, eliminando del Reglamento Penitenciario, la regulación que actualmente contiene respecto de dicha figura. Al tiempo que deberá determinarse con rango de Ley Orgánica (Código Penal), en que momentos la Administración penitenciaria está obligada al estudio de la libertad condicional y el régimen de recursos que el penado tiene frente a esas decisiones. En esa regulación se fijará el derecho de audiencia del penado, especialmente para aquellos casos en los que la propuesta de libertad condicional que remite la Administración penitenciaria es desfavorable, o cuando hay que decidir sobre su revocación.

4.^a Regular la revocación de la libertad condicional, diferenciando los supuestos en los que durante la libertad condicional, es condenado el liberado condicional por un nuevo delito, cometido antes de que se le decretara la libertad condicional, de aquellos casos en los que esa condena es por delitos cometidos durante el disfrute de la libertad condicional. En esa regulación se tendrán en cuenta la naturaleza de los delitos para decretar la revocación de la libertad condicional o en su caso para poder ampliar la misma. Además deberá establecerse también la situación en la que queda el liberado condicional, si durante esa situación se le decreta su prisión provisional por un hecho delictivo cometido durante el tiempo que permanecía en libertad condicional.

Normas relativas a la determinación de la pena, a los concursos de delitos y al delito continuado

Rosa Serreta Pesquera

Magistrada. Juzgado de Instrucción n.º 2, Bilbao

I. Introducción

El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal —aprobado en Consejo de Ministros y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 4 de octubre de 2013— inicia su exposición de motivos alegando que «la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas». Y a continuación añade que «con esta finalidad se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable; el sistema de medidas de seguridad (ampliación de la libertad vigilada) y la revisión de la regulación del delito continuado».

Sorprende que el legislador pretenda justificar reformas penales en la conciencia y percepción social de lo que es justo en especial en casos de construcciones jurídicas como las medidas de seguridad o el delito continuado.

La prisión permanente revisable se contempla en casos que la exposición de motivos califica de excepcional gravedad y enumera «asesinatos especialmente graves, homicidio del jefe de Estado o de su heredero, de jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad». El primero de los supuestos enumerados es el que plantea serias dudas «asesinatos especialmente graves» desde el punto de vista señalado de que la resolución judicial sea percibida por la sociedad como justa y ello si tenemos en cuenta el primer caso contemplado en el proyectado artículo 140 del Código Penal «que la víctima sea menor de dieciséis años». Ello supone que el asesinato de un/una joven de 16 o 17 años no merece el

mismo reproche penal y no debe percibirse socialmente con el mismo desvalor que el asesinato de un joven de 14 o 15 años.

En cuanto a las medidas de seguridad se antoja asimismo difícil que se perciban socialmente como justas en especial en casos de comisión de delitos de abusos y agresiones sexuales en los que los penados son ingresados en centros psiquiátricos para su tratamiento en lugar de en un centro penitenciario para cumplir la correspondiente pena de prisión o se someten a dicho tratamiento en régimen ambulatorio o se les imponen como medida el sometimiento a programas educativos. En estos casos no se percibe socialmente como justo que tales sujetos no vayan a prisión o que parte del tiempo que deberían ir a prisión vayan a un centro sanitario con independencia del fundamento de la medida.

II. Normas relativas a la determinación de la pena

El Código Penal dedica el capítulo II del Título III a la aplicación de las penas y lo divide en dos secciones relativas a reglas generales —artículos 61 a 72— y reglas especiales para la aplicación de las penas —artículos 73 a 79—.

El examen del texto proyectado de estos artículos revela escasa modificación salvo en lo previsto al concurso medial de delitos y al delito continuado de un lado y las modificaciones necesarias debido a la incorporación de la pena de prisión permanente revisable de otro.

Por lo demás nos encontramos con una serie de mínimas modificaciones derivadas de la necesidad de concordancia y lógica interna.

Así la supresión de las faltas y la incorporación de delitos leves exige la supresión del término «faltas» en todos los preceptos del Código Penal y por tanto también en las normas de fijación de penas y la adopción de criterios para la aplicación de las penas en los delitos leves.

Para este caso, **delitos leves**, el **artículo 66.2** ha optado por el criterio vigente para los delitos imprudentes esto es «los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior». La exclusión se refiere a las reglas del artículo 66.1 relativas a la concurrencia o no de una, dos o más circunstancias atenuantes y agravantes.

Regla también coincidente con el artículo 638 vigente que prevé para sancionar las faltas procederán los jueces y tribunales según su prudente arbitrio dentro de los límites de cada una atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable sin sujetarse a las reglas de los arts. 61 a 72.

El artículo 71.2 contempla que «cuando proceda imponer una pena de prisión inferior a 3 meses esta será en todo caso sustituida

por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente». El texto vigente remite a las reglas del art. 88 que ya contemplaba esta posibilidad para penas de prisión que no excedan de seis meses.

El artículo 76.2 da una nueva redacción a la regla de acumulación de penas cuando se hayan impuesto en distintos procesos excluyendo el criterio de la conexión. Recoge así este precepto un criterio jurisprudencial ya consolidado que flexibilizaba al máximo el requisito de la conexión entre delitos para que sea admisible la acumulación y consiguiente limitación del tiempo de privación de libertad y ello a la luz de lo previsto en el artículo 25.2 de la CE sobre la orientación que deben tener las penas privativas de libertad y manteniendo el límite temporal por razones de política criminal y en aras a evitar que los delitos posteriores queden impunes.

Asimismo la incorporación de una pena nueva como es la **prisión permanente revisable** exige establecer reglas relativas a cual sea su **pena inferior en grado**. Previsión recogida añadiendo el apartado 4 al artículo 70, y que establece que «la pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años», esto es una pena cuyo límite inferior coincide con la prevista como regla general de duración máxima de la pena de prisión —art. 36.2— y con la regla general de máximo de cumplimiento efectivo de la condena —art. 76.1—.

También para estos casos se incorpora una **regla de máximo de cumplimiento efectivo** de las condenas, art. 76.1 e), «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los art. 92 y 78 bis».

El art. 78 bis es nuevo y establece el mínimo de cumplimiento para pasar a tercer grado en los casos en los que el sujeto ha sido condenado por varios delitos y al menos uno de ellos está castigado con pena de prisión permanente revisable, que va de 18 a 22 años:

- mínimo de 18 años cuando el resto de las penas impuestas sume un total que exceda de 5 años;
- mínimo de 20 años cuando el resto de las penas impuestas sume un total que exceda de 15 años;
- mínimo de 22 años, en el caso de dos o más delitos castigados con prisión permanente o uno con prisión permanente y el resto de penas impuestas sumen un total de 25 años o más.

También se establecen reglas para la **suspensión** de la ejecución del resto de la pena que requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de 25 años en los dos primeros casos anteriores y un mínimo de 30 en el tercero.

Y contempla una regla específica para los casos de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales que contempla como límite mínimo para el acceso al tercer grado de 24 años de prisión en los dos primeros supuestos contemplados y de 32 en el tercero. Y la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de 28 años de prisión en los dos primeros casos y de 35 en el tercero.

El artículo 92 regula la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable y exige los siguientes requisitos: que haya cumplido el penado 25 años de su condena —sin perjuicio de lo dispuesto art. 78 bis—, que se encuentre clasificado en tercer grado y la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social y en el caso de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo además que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o desarrollo de organizaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

De otro lado y tal como señala la exposición de motivos «se pretende una **mejora técnica** en la regulación de la responsabilidad penal de **las personas jurídicas** (introducida por LO 5/2010) con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control» cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. El alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona de modo general a las dimensiones de la persona jurídica.

Asimismo se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general a las que se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en los apartados a) y g) del art. 33.7» (multa por cuotas o proporcional e intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores). Si bien se prevé que esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal

aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Se amplía la responsabilidad penal de las personas jurídicas a supuestos de a) delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma; y b) delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el caso anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Para estos casos se incorpora una regla de aplicación de penas que consiste en su limitación temporal con un máximo de dos años.

Así la norma relativa a la aplicación de la pena que se incorpora en la **regla 2.ª del art. 66 bis** establece que «cuando la responsabilidad de la persona jurídica en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis —el caso b) antes citado— **derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control** que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años. Se refiere a las penas previstas en las letras c) a g) del art. 33.7 (suspensión de actividad, clausura de locales y establecimientos, prohibición de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, 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 e intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores).

III. Concursos de delitos

Debe tenerse en cuenta que es frecuente que concurren varias modalidades a la vez, concurso real e ideal de delitos (por ejemplo concurso real entre dos delitos de atentado diferenciados y en los que no cabe apreciar continuidad delictiva por no haber un dolo unitario en concurso ideal con un delito de lesiones) o concurso medial entre dos delitos y en uno o en ambos apreciarse la continuidad delictiva (el caso

frecuente del delito de falsedad como medio para cometer el delito de estafa o el de apropiación indebida o menos frecuente de malversación de caudales públicos). E incluso se superponen varios delitos en concurso real con otros en concurso medial y algunos de aquellos o estos pueden aparecer en la modalidad de continuidad delictiva. Figuras cuya aplicación se complica cuando concurren circunstancias previstas como subtipos agravados.

1. *Concurso real de delitos*

Es la norma general de modo que el delito continuado y el concurso medial se configuran como excepciones a esta regla.

Está previsto en el art. 73 «al responsable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas».

Se penan las infracciones por separado de modo que las consecuencias penológicas pueden parecer excesivas especialmente si concurren delitos castigados con penas de prisión grave o menos grave.

En este ámbito no hay cambios.

Veamos un concreto supuesto en el que de un lado pueden parecer las penas particularmente gravosas —no será así si se atiende a la naturaleza de los hechos y de los bienes jurídicos protegidos—, de otro se suscita la cuestión de si estamos ante un concurso ideal o real de delitos y además concurre un subtipo atenuado.

Así la SAP Vizcaya 54/2009, de 13 de julio, condena a Aníbal, Marco Antonio, Eugenia, Secundino y José Francisco como autores de un delito de tráfico ilegal de personas con la concurrencia en el último de los mencionados de la circunstancia atenuante de reparación del daño causado a las penas de prisión de 3 años para Aníbal y 2 años a los demás; asimismo condena a Aníbal, Marco Antonio y Eugenia como autores de un delito de prostitución sin la concurrencia de circunstancias modificativas a la pena de prisión de 3 años y multa de 18 meses para Aníbal y dos años de prisión y multa de 12 meses para el resto; y también condena a Aníbal, Marco Antonio y Eugenia por un delito de explotación laboral sin la concurrencia de circunstancias modificativas a la pena de prisión de dos años y multa de 6 meses.

Aníbal y Marco Antonio socios de una mercantil constituyeron un grupo estructurado en el que se repartían los roles a desempeñar entre sus diversos miembros encargándose de trasladar a España mujeres de nacionalidad brasileña que eran captadas en su país tras ser

conectadas por otros miembros del grupo y a las cuales les prometían trabajar en España facilitándoles los billetes de viaje así como dinero para poder viajar al territorio español en calidad de turista, eludiendo los controles policiales en la frontera española al entrar en esta condición y quedarse después en España donde los acusados les ofrecían trabajo sin que hubiesen obtenido la preceptiva autorización de residencia y de trabajo en este país. Después de llegar al aeropuerto de Bilbao se trasladaban a estas mujeres al club de alterne, se les comunicaba que para pagar la deuda generada deberían prestar servicios mediante la realización de actividades sexuales con terceros a cambio de precio en el club quedándose los acusados con el dinero satisfecho los clientes por la prestación de estos servicios hasta la satisfacción de la deuda.

El tráfico ha de ser ilegal esto es al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera como la utilización de fórmulas autorizadoras de ingreso transitorio en el país (p. ej., visado turístico) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones.

La doctrina considera que no parece necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica aunque la configuración colectiva del bien jurídico del tipo base art. 318 bis 1 si determina que aunque sea varias las personas afectadas estaremos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal.

Tipo atenuado 318 bis 6 en atención a que era una sola la víctima concreta del tráfico ilegal (y a los intentos de regularización de la situación administrativa por parte de Aníbal, y la flexibilidad en el control en el caso de Marco Antonio).

Resulta problemático si cabe la aplicación conjunta de los tipos delictivos referentes al tráfico ilegal con una finalidad de explotación sexual y el delito de prostitución del art. 318 bis 1 y 2 y art. 188.1 o supone penar doblemente por un mismo hecho la explotación sexual a través de la prostitución de modo que el destino de explotación sexual absorbe y consume el hecho mismo de la explotación, o bien se aplica el tipo básico art. 318 bis en concurso ideal con art. 188.1.

Tanto el pleno de la Sala de la AP, como varias sentencias de Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo descartan la existencia de un concurso de normas y resuelven que la concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito art. 188.1 y del previsto art. 318 bis 2 debe estimarse concurso real de delitos. Así en el caso en el que se atribuye a los mismos sujetos agentes las dos figuras delictivas habrá un concurso real si bien habiéndose de evitar efec-

tuar una doble consideración de la «intención de explotación sexual» y ello porque en el art. 318 bis 2 está presente tal intención a realizar en un futuro y en el art. 188.1 viene a materializarse de forma efectiva la misma intención. Por ello la solución ha de consistir no en aplicar el art. 188.1 junto con el art. 318 bis 2 sino el 188.1 junto con la figura básica, no agravada, del art. 318 bis 1.

2. *Concurso ideal, regla del art. 77.2*

«En el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite se sancionarán las infracciones por separado».

No hay, por tanto, modificación alguna en esta regla. Son supuestos de esta naturaleza:

- conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y lesiones por imprudencia grave;
- tenencia ilícita de armas y de depósito de municiones y de aparatos explosivos;
- agresión sexual y delito de lesiones;
- delito contra los derechos de los trabajadores y lesiones cualificadas del art. 149 por imprudencia grave, la aplicación de la regla 77.2 excede de la suma por lo que se penan separadamente;
- delito de atentado y delito de lesiones.

3. *Concurso medial (la regla del art. 77.2 vigente pasa al art. 77.3)*

Se modifica la regla vigente para el caso de **concurso** real de carácter **medial** de delitos. Y aquí se establece **la misma pena que para la continuidad delictiva**: una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto para la infracción más grave y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Y se añaden dos previsiones: 1.^a dentro de estos límites se individualizará la pena conforme a los criterios del art. 66 y 2.^a la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el art. 76 (esta segunda previsión parece

innecesaria dado que se refiere a los límites máximo de cumplimiento 25, 30 y 40 años según los casos).

Veamos unos supuestos práctico en el que hay concurso medial de delitos de falsedad y estafa, cada uno de ellos cometido de forma continuada y además en el caso de la estafa existe un subtipo agravado.

a) SAP Vizcaya de 19 enero 2009 (ST 7/2009) condena a Esperanza como autora de un **delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de estafa agravada** sin circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena **de prisión de 4 años y 9 meses y multa de 10 meses y 15 días**.

La acusada presentó para su descuento el 5 de agosto de 1996 un pagaré y cinco letras de cambio emitidas por la empresa Alziba 95 SL en calidad de apoderada de la misma ante una sucursal del Banco de Vitoria y a sabiendas de que los efectos eran falsos.

Asimismo, presentó varias letras falsas en Bankoa SA, en el Banco Guipuzcoano entre el 26 de agosto y el 8 de octubre de 1996 y en el Banco Santander.

Todos los efectos habían sido falsificados —muchos son duplicados— y no respondían a operaciones o trabajos efectivamente realizados con las empresas que figuraban como libradas (fueron devueltas por las mismas que rehusaron el pago en perjuicio de las entidades financieras).

Existencia de continuidad: pluralidad de hechos no sometidos a enjuiciamiento separado por el Tribunal, unidad de propósito y de acción, ejecución de los hechos en el mismo espacio temporal o con proximidad entre unos y otros y homogeneidad en el «modus operandi».

En el acuerdo no jurisdiccional del pleno de la Sala 2.^a del TS de 8-3-02 se sometieron a consideración tres alternativas:

- considerar que únicamente existe una estafa agravada (250.1.3.º);
- apreciar un concurso de delitos entre la falsedad en documento mercantil del art. 392 y la estafa agravada del art. 250.1.3.º;
- preciar un concurso de delitos entre la falsedad en documento mercantil del art. 392 y la estafa básica del art. 248.

Tras el debate prevaleció la segunda posición entendiendo existente un concurso medial de delitos entre la falsedad en documento mercantil y la estafa realizada mediante cheque, letra de cambio o pagaré falso argumentándose en defensa de esta postura que no existen problemas de «non bis in idem» al ser distintos los bienes jurídicos protegidos en cuanto que la estafa agravada protege tanto el patrimonio como la se-

guridad del tráfico mercantil y la falsedad en documento mercantil protege la fe pública. («la falsificación de un cheque y su utilización posterior por el autor de la falsificación para acometer una estafa debe sancionarse como concurso de delitos entre estafa agravada y falsedad en documento mercantil»).

Atendida la no concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad y que no se aprecian en los hechos ni en la autora ninguna circunstancia que requiera de ponderación específica a los efectos de individualización de la pena se le impone la pena mínima que corresponde según las disposiciones legales aplicables al caso art. 392, 250.1, 74.1 y 77 que es 4 años y 9 meses de prisión y multa de 10 meses y 15 días.

Comparación penológica: la regla vigente establece la imposición de la pena prevista para la infracción más grave en la mitad superior, esto es la estafa agravada penada con prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses y cuya mitad superior es prisión de 3,5 a 6 años y multa de 9 a 12 meses.

La nueva norma prevé una «**pena superior**» a la que habría correspondido por la infracción más grave, en principio más de 1 año de prisión, sin que pueda saberse con más concreción, más allá de las reglas de individualización del art. 66 que bien pueden no concurrir, como es habitual, y con el límite aproximado de un año de prisión por la estafa y seis meses de prisión por la falsedad.

Parece difícil que la aplicación de la norma —art. 74.1 y 77.3— tal cual está redactada pueda alcanzar la duración de las penas que resultan con la aplicación de la norma en su redacción vigente, lo que conduciría al efecto contrario pretendido por el legislador esto es la atenuación de la pena en casos de reiteración delictiva.

IV. Delito continuado

Señala la exposición de motivos que «se modifican las reglas de fijación de la pena en los supuestos de continuidad delictiva y de concurso de delitos con la finalidad de evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad, en la que la figura del delito continuado conlleva la aplicación de unos límites penológicos que pueden dar lugar a penas arbitrarias en algunos supuestos de reiteración delictiva. Con esta finalidad, se limita la aplicación de la figura que queda reducida a los supuestos de conductas delictivas cercanas en el tiempo; y se revisa el sistema de fijación de las penas, de modo que en estos casos deberá imponerse una pena superior a la pena concreta que habría co-

respondido por la infracción más grave cometida e inferior a la suma de las penas correspondientes a todas ellas. De este modo se evita la situación actual, en la que de modo no infrecuente, la reiteración delictiva no conlleva reflejo en la agravación de la pena ya impuesta por uno o varios delitos semejantes ya cometidos. Esta misma regla de individualización de la pena resultará también aplicable a los concursos reales de carácter medial.

Otra de las modificaciones relevantes que se introduce en el delito continuado es la exclusión de la aplicabilidad de esta figura a los delitos sexuales».

La redacción prevista en el Proyecto para el art. 74 es la siguiente:

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior —concurso real— el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones **cercanas temporalmente** que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será **castigado** como autor de un delito continuado **con una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones**.

Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el total perjuicio causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

2. Quedan exceptuadas de lo establecido en el apartado anterior las ofensas contra la indemnidad o libertad sexual o contra cualesquiera otros bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor.

Esta nueva redacción incluye tres novedades:

1.^a Se limita su aplicación a supuesto de acciones u omisiones «**cercanas temporalmente**». Por un lado se advierte una falta de concreción en este límite temporal. Por otro lado los Tribunales ya venían entendiendo que el concepto de delito continuado exigía una pluralidad de acciones cercanas temporalmente, así venían señalando que para que pueda apreciarse la existencia de continuidad se exigen los siguientes requisitos:

- Pluralidad de hechos delictivos diferenciados entre sí que se enjuician en un mismo proceso.
- Identidad de sujeto activo.

- Unidad de propósito y de acción, un único dolo que implica una única intención y por tanto una unidad de resolución y de propósito.
- Unidad de precepto penal violado o al menos que se trate de preceptos semejantes lo que exterioriza una unidad o semejanza de bien jurídico atacado.
- **Conexidad temporal**, esto es la ejecución de los hechos en el mismo espacio temporal o con proximidad entre unos y otros.
- Homogeneidad en el «modus operandi».

Por lo tanto la reforma es innecesaria ya que a falta de una mayor concreción temporal no aporta nada.

2.^a Se establece una **nueva regla para fijar la pena**: antes —aún vigente— la mitad superior (pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado) de la pena prevista para la infracción más grave y ahora **una pena superior** a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Se pretende con ello una agravación de la pena en la reiteración delictiva y se amplía la extensión de la pena. No obstante esta finalidad considero que no va a poder cumplirse con la regla prevista.

Así tratemos de aplicar esta regla sobre un caso concreto: delito continuado de falsedad en documento mercantil cometido por funcionarios públicos en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos en los que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

La pena conforme a la norma vigente parte de la mitad superior, que en los casos de delitos de falsedad y malversación de los art. 390.2 y 432 coinciden en la pena de prisión de 3 a 6 años, la mitad superior va de 4,5 a 6 años de prisión con el límite de la pena superior en grado esto es de 6 a 9 años, la horquilla en la que nos moveríamos sería de 4,5 a 9 años de prisión y por no concurrir circunstancias modificativas nos acercaremos más al extremo inferior, en torno a los 4,5 años.

Con la reforma «pena superior» es cualquiera a partir de los 3 años sin que sea aplicable la punición separada dado que prácticamente se funden las penas.

Este supuesto concreto fue objeto de pronunciamiento por la AP de Vizcaya en sentencia de 19 octubre de 2012 en la que condenaba a los autores a penas de prisión de cinco años y tres meses además de inhabilitación absoluta por tiempo de 9 años.

De modo que no se ve cual es la agravación pretendida por el legislador o cómo debe interpretarse la expresión «pena superior» como no sea superior en grado lo que evidentemente exige su previsión expresa y de ser esa la intención del legislador habrá de incorporarse al texto definitivo en el trámite parlamentario.

3.^a Se **exceptúa** de aplicación a las **ofensas contra la indemnidad o libertad sexual**. En el texto vigente se exceptúa cuando las ofensas afectan al mismo sujeto pasivo y se prevé la posibilidad de aplicar o no continuidad delictiva en atención a la naturaleza del hecho y del precepto infringido.

En la práctica la jurisprudencia aplica uno o varios —en atención al número de sujetos pasivos— delitos continuados de abuso sexual siempre que concurra una pluralidad de acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo con el que el autor establece una abusiva relación sexual, duradera en el tiempo, y la acción comitiva es ejecutada bajo un dolo unitario de satisfacción sexual ilícita.

Por último, cabe reseñar que no hay ninguna novedad en materia de delitos contra el patrimonio que generalmente son los más frecuentes en los que se aprecian continuidad delictiva especialmente en el delito de estafa y en los que ya se establecía —y con el Proyecto se mantiene— una regla especial.

Veamos varios supuestos y las diferencias penológicas a aplicar según la norma vigente y la proyectada:

1.º La SAP Vizcaya 104/2008, de 18 de diciembre, condena a Raimundo como autor de un **delito continuado de estafa en su modalidad de subtipo agravado** por la especial entidad del valor de lo defraudado y un **delito de alzamiento de bienes** sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, por el primero a la pena de **tres años de prisión y multa de 10 meses** y por el segundo a un año de prisión y multa de 10 meses.

El acusado entre enero de 2004 y julio de 2005 formalizó diversos contratos de obras de reforma en viviendas y colocación de cocinas recibiendo a cuenta diversos importes haciéndose con una suma total de 118.000 euros que incorporó a su patrimonio en lugar de destinarla a la ejecución de las obras (que nunca tuvo intención de realizar y que no ejecutó).

Se plantea la compatibilidad de la agravante art. 250.1.5.º (anterior cuantía superior a 36000 euros, hoy 50.000€) y el art. 74.2 cuando las infracciones contra el patrimonio revisten notoria gravedad y perjudican a una generalidad de personas de suerte que se impondrá la pena superior en uno o dos grados. Puede ocurrir que una

defraudación de naturaleza continuada integrada por varios actos defraudatorios, generalmente contra víctimas distintas por diversas cantidades en las que alguna o algunas acciones defraudatorias tiene un valor económico aisladamente considerado de más de 36000 euros y otras por cantidad inferior. En el primer caso debe estimarse calificada por aplicación del subtipo agravado al existir alguna acción defraudatoria por importe superior a la cantidad indicada y al existir una pluralidad de acciones que constituyen una realización parcial de un único y mismo dolo defraudatorio debe estimarse un supuesto de continuidad delictiva y recorrer la pena en toda su extensión —de 1 a 6 años de prisión— efectuando la individualización en atención al perjuicio total causado.

En cambio cuando la consideración de la especial gravedad correspondiente al importe de lo apropiado se alcanza mediante la suma de las distintas apropiaciones no es posible considerar ese montante, a la vez, como presupuesto de la continuidad delictiva. Se trata de evitar la regla general agravatoria a aquellos delitos en los que el importe total del perjuicio haya determinado ya un cambio en la calificación jurídica y la correlativa agravación —delitos de estafa o apropiación indebida por su importe se desplazan del tipo básico al subtipo agravado—. En esta situación mantener la aplicación incondicional del art. 74.2 implicaría el menoscabo de la prohibición constitucional del *bis in idem*. En este caso no se puede aplicar a la vez el art. 74.3 y el art. 250.1. 5.º (antes de la reforma de 2010 especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia, la jurisprudencia en torno a los 4 y 6 millones de ptas. y tras la reforma de 2010 se incorpora un subtipo cuando el valor de la defraudación supere los 50.000€).

En este caso no hay trascendencia penológica con la reforma al tratarse de infracciones contra el patrimonio y tener una regla específica —segundo párrafo del art.74.1— que no ha sufrido variación.

2.º Delito continuado de abusos sexuales. La SAP Vizcaya 44/2012, de 20 junio, condena a Florentino como autor de cinco delitos continuados de abuso sexual art. 181.1y 2 (sobre cinco niños) a la pena de multa de 22 meses por cada uno en aplicación de la redacción anterior a la reforma de 2010 y por un delito continuado de abuso sexual del art. 183.1.4.º tras la redacción LO 5/2010 a la pena de 5 años y un día de prisión.

Durante el curso escolar 2009-2010 y desde septiembre a enero del curso 2010-2011 el acusado realizó actos lúbricos a cada uno de los niños.

La jurisprudencia del TS sobre la continuidad delictiva en las infracciones sobre la libertad e indemnidad sexual exige que el autor realice una pluralidad de acciones que incidan sobre un mismo sujeto pasivo con el que el autor establece una abusiva relación sexual, duradera en el tiempo, en la que no es fácil particularizar los diversos episodios en que la misma se concreta, acción comisiva ejecutada bajo un dolo unitario en designio único de la satisfacción sexual ilícita en orden a un plan preconcebido y desplegado en distintas ocasiones aprovechando similar ocasión, en el mismo entorno espacial. En el presente caso el acusado realizó a cada niño actos libidinosos en varias ocasiones cuando como profesor les estaba dando clases o cuidando en un aula del colegio y guiado por un dolo unitario de satisfacción sexual.

En cuanto a la pena al concurrir la continuidad delictiva habrá de ser impuesta en su mitad superior esto es de 2 a 3 años de prisión o multa de 21 a 24 meses, se opta por multa porque lo contrario supondría una duración total propia de las agresiones sexuales más graves que no se adecuaría a la entidad de los hechos cometidos en su conjunto y a fin de evitar excesos en la penalidad conjunta se considera más adecuado castigar con pena de multa.

3.º La SAP Vizcaya 781/2010, de 14 setiembre, de revocación de la sentencia que condena por tres delitos de amenazas y condena al acusado como autor de un **delito continuado de amenazas** art.171. 4 y 5 a 10 meses de prisión.

El acusado dos o tres meses antes del día 2 de junio de 2010 en la cocina comiendo cogió un cuchillo y lo levantó hacia su mujer, quince días antes levantó la mano —que tenía escondida— y exhibió un cuchillo a su mujer en la habitación del domicilio familiar, el día 2 de junio en el domicilio familiar «te voy a rajar de arriba abajo, te voy a matar, no me importa ir a la cárcel» dando golpes en las puerta y acto seguido cogió un martillo y se dirigió hacia su mujer que se encontraba al lado del televisor y le dijo blandiéndolo «hoy no ves la TV».

El TS no admite la continuidad delictiva cuando los delitos afectan a bienes jurídicos personales si bien la doctrina más reciente del TS prevé la posibilidad de acoger dicha figura en algunos casos cuando existe una pluralidad de acciones individualmente contempladas son susceptibles de ser calificadas como delitos independientes pero que desde la perspectiva de la antijuridicidad material se presentan como una infracción unitaria pues razones de política criminal, justicia material y de técnica jurídica determinan que esta sanción unitaria quede excluida, como regla general, en aquellos actos delictivos que lesionan

un bien jurídico eminentemente personal, dicha exclusión no tiene un carácter absoluto sino que debe matizarse atendiendo a la naturaleza del hecho, a la gravedad del atentado a bienes personales en ponderación con la razón esencial que justifica la figura del delito continuado, a saber la necesidad de evitar desproporciones punitivas derivadas de la sanción acumulada de una pluralidad de acciones encuadradas en un único proyecto delictivo y así la STS 17-6-98 declara que no existe obstáculo para apreciar continuidad delictiva si las acciones constitutivas de amenazas responden a una unidad de propósito, aprovechamiento de ocasión semejante e infringen precepto de la misma naturaleza. De este modo no puede aplicarse rígidamente la exclusión de la continuidad delictiva pues la naturaleza del hecho y su configuración determinan la no concurrencia de las razones fundamentadoras de la citada exclusión. En este caso la ofensa a la libertad y seguridad constituye un medio para la consecución de un único propósito delictivo dirigido al mantenimiento en el tiempo de una situación de intranquilidad y desasosiego y de una situación de dominio sobre la víctima. Además la sanción como actos separados vulneraría elementales consideraciones de justicia material pudiendo llegar a provocar penas desproporcionadas. Aplicación del art. 74.1: la pena en la mitad superior (de 9 a 12 meses de prisión) y dentro de ese tramo en la mitad inferior de conformidad con art. 66.1.1.^a.

La cuestión que se suscita en estos dos últimos supuestos es si tras la exclusión en todo caso de la aplicación de la continuidad delictiva en los delitos contra la indemnidad y libertad sexuales y contra bienes eminentemente personales —salvo el honor— que introduce el art. 74.3 va a dar lugar o no a cambios jurisprudenciales dado que hasta ahora se aplicaba la continuidad en atención a la naturaleza del hecho y el dolo unitario.

Dado que la jurisprudencia aplica la continuidad delictiva por razones de justicia material y de evitar penas excesivas por acumulación es lógico pensar que en casos de abusos sexuales se sancionen los delitos por separado ya que será más ventajoso para el condenado especialmente si son varias las víctimas. En cambio en las amenazas en el ámbito familiar la misma justificación, evitar la desproporción punitiva, conducirá a la aplicación de la continuidad delictiva.

A modo de **conclusión** cabe decir que habrá que esperar, tras la entrada en vigor de la reforma, a la aplicación y fijación de criterios jurisprudenciales en cuanto a 1.º qué ha de entenderse por «pena superior» en el delito continuado y en el concurso medial de delitos y 2.º si los Tribunales van a suprimir efectivamente la apreciación de continuidad delictiva en los delitos que atenten contra bienes eminentemente

personales y en especial los que afectan a la libertad e indemnidad sexuales.

En cuanto al primer aspecto confiemos en que la redacción se aclare, precise o mejore en las Cortes. Y en cuanto al segundo me inclino por el mantenimiento de los criterios jurisprudenciales vigentes de la aplicación de la continuidad delictiva siempre que su fundamento de evitar desproporciones punitivas derivadas de la sanción acumulada de una pluralidad de acciones encuadradas en un único proyecto delictivo siga siendo favorable al condenado.

La prescripción y el comiso

José Manuel Ortiz Márquez
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Bizkaia

I. Introducción

El proyecto de ley orgánica de modificación del Código Penal contempla novedades en la regulación de la prescripción del delito y de la pena y en el comiso. Dichas modificaciones van a ser tratadas de manera conjunta, si bien nos encontramos ante una causa de extinción de la responsabilidad criminal y ante una consecuencia accesoria del delito. No se pretende un análisis en profundidad de ambas figuras del derecho penal, sino únicamente exponer la regulación contenida en el proyecto y analizar los posibles problemas de aplicación e interpretación que esta regulación puede plantear en la práctica.

II. La prescripción

1. *Contenido de la reforma. Exposición de motivos del proyecto*

El Código Penal regula el instituto de la prescripción en los artículos 130 a 135, cuya regulación vigente proviene de la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/10 de 22 de junio, la cual modificó los plazos de prescripción, generalizando el de 5 años y reguló detalladamente la interrupción de la prescripción del delito para poner fin a polémica suscitada por las diferentes interpretaciones del precepto que mantenían el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

La reforma contenida en el proyecto es consecuencia de la supresión por el mismo texto de la clasificación de las infracciones penales entre delitos y faltas y, en consecuencia, de la supresión del Libro III. Asimismo trata de solventar los problemas surgidos en la aplicación e interpretación del artículo 134 del Código Penal en supuestos en los que se demora el inicio de la ejecución de la pena por el cumplimiento

sucesivo de penas de la misma naturaleza, en los términos previstos en el artículo 75 del Código Penal o por la concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, en los términos previstos en los artículos 80 y siguientes del mismo texto legal, si bien, en este último caso, cabe discutir si la ejecución de la pena se ha iniciado con la resolución que acuerda otorgar el beneficio de la suspensión o si hay que entender que la ejecución no se inicia hasta que se revoca el beneficio otorgado.

La exposición de motivos, en su apartado IX, justifica la reforma en la necesidad de despejar dudas interpretativas y efectuar correcciones técnicas. Así, indica que:

Las penas de la misma naturaleza —en particular, las penas privativas de libertad— se cumplen de forma sucesiva por orden de gravedad (artículo 75 CP), por lo que resulta conveniente excluir expresamente en la regulación del plazo de prescripción de la pena pendiente de cumplimiento, el tiempo durante el cual el penado está cumpliendo otra pena de la misma naturaleza que forzosamente tiene que ser cumplida en primer lugar.

De igual modo, parece conveniente que la interpretación habitual según la cual el período de tiempo de suspensión de la pena no se computa como plazo de prescripción de la misma tenga un reflejo expreso en la Ley.

2. *Situación actual*

Dado que analizamos la regulación contenida en un proyecto, procede exponer, brevemente, la situación de la que parte el legislador y dado que la modificación de mayor calado es la que afecta a la prescripción de las penas, nos centraremos en el artículo 134 del Código Penal vigente, el cual establece que «El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse».

Respecto de la interpretación del precepto, en aras de la brevedad y claridad en la exposición, reproducimos el fundamento de derecho tercero de la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo 450/12, de 24 de mayo, en el cual se resume la doctrina establecida por el alto tribunal en la interpretación del citado precepto y según la cual:

1.º Se han de evitar consideraciones simplistas del art. 134 CP, como es entender que la pena prescribe en todo caso una vez transcurrido el periodo de tiempo previsto en la ley desde la firmeza de la sentencia, lo que podría llevar a soluciones absurdas y que

atentan al sentido, como destacan algunas sentencias de la jurisprudencia menor.

2.º La doctrina sobre la prescripción del delito es de aplicación, con los matices correspondientes, a la prescripción de la pena, en tanto los mismos fundamentos, las mismas causas y los mismos efectos se han de producir y analizar (STS 20 de enero de 1997). No cabe desconocer que un tratamiento diferenciado de la prescripción del delito y de la pena atentaría frontalmente a su propia finalidad, pues no parece razonable que una acusación frente a la cual la sociedad ya ha postulado un pronunciamiento condenatorio por haberse acreditado su responsabilidad penal, se coloque frente a la extinción de la misma con mejores perspectivas que aquél otro respecto del cual opera aún la presunción de inocencia. Dicho de otro modo, no resulta razonable que un condenado pueda situarse al margen de la ley menor tiempo que quien aún no haya sido condenado.

3.º Por tales motivos debe admitirse, pese al silencio del CP 1995, la posibilidad de interrumpir la prescripción cuando la posibilidad de su ejecución deviene en imposible por causas ajenas a su propia dinámica ejecutiva. Consecuentemente, no deben correr los plazos de prescripción de la pena durante los periodos en que se dilata el comienzo de ejecución por eventualidades previstas en la propia legislación penal y que implican de suyo la no paralización de las actuaciones orientadas a la ejecución, eventualidades tales como la suspensión de la ejecución, en los términos de los arts. 80 y ss CP, el cumplimiento previo de las penas más graves, según dispone el art. 75 CP, pero también la sustanciación de todas aquellas actuaciones procesales que atienden las peticiones del condenado a propósito precisamente de la propia ejecución o sustituciones de las penas privativas de libertad.

De ese modo, la **prescripción de las penas** tiene una naturaleza sustantiva que se funda, como afirma el TS — por todas— S 921/2001, de 23-5, en la pérdida de sentido de la ejecución de la pena, en inutilidad desde los fines de reinserción y de prevención general pasados los plazos de prescripción. Desde esta justificación sustantiva de la **prescripción de las penas**, ni siquiera es preciso utilizar el argumento analógica en relación a las **causas de interrupción** de la prescripción de los delitos —que podría contradecir los argumentos de la STSC 97/2010, de 15-11— que tiene un fundamento parcialmente distinto, sino que es suficiente con reducir teleológicamente la norma que dispone el «dies a quo» del plazo prescriptivo de las penas y que no se sitúa inexorablemente en la fecha de la firmeza de la sentencia o el quebrantamiento de la condena, sino en el momento en que, resueltas todas las incidencias referidas a la ejecución de la pena y el modo de llevarle a cabo, debe dar comienzo el cumplimiento de la condena.

En efecto, doctrinalmente se defiende que ante el silencio legal sobre si la suspensión de la ejecución interrumpe o no la prescripción, la solución ha de venir condicionada por el concepto, naturaleza y caracteres en que se configura el instituto de la suspensión de la ejecución y si se tiene como una fórmula más de cumplimiento de la pena, esto es, si la suspensión de la ejecución se entiende como «otra ejecución», consistente precisamente en suspender la ejecución de la pena privativa de libertad cuando ésta pueda afectar negativamente al condenado, impulsando su resocialización y conminándose a una conducta no delictiva que la liberará definitivamente del castigo —el plazo de prescripción no habría podido iniciar su andadura, pues el art. 134 establece que el tiempo de prescripción de la pena se computará desde el quebrantamiento de la condena si ésta hubiere comenzado a cumplirse—. En tal caso únicamente cuando la suspensión haya sido revocada podría hablarse del inicio del plazo de prescripción.

3. Regulación en el Proyecto

Las modificaciones del proyecto en materia de prescripción del delito se ciñen a la modificación del plazo establecido por el legislador como cláusula de cierre para los delitos menos graves y en el establecimiento de los plazos para los delitos leves y, asimismo, se modifica la redacción de los artículos 131 y 132 suprimiendo toda referencia a las faltas y añade la trata de seres humanos al catálogo de delitos cuyo «dies a quo» en el cómputo del plazo de prescripción se modifica cuando las víctimas sean menores de edad.

De esta manera, el artículo 131.1 establece que «prescriben a los cinco, los demás delitos, excepto: a) los delitos leves para los que esté prevista la posibilidad de imponer una pena de prisión, que prescriben a los tres años y b) los demás delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año».

De mayor calado es la reforma del artículo 134, en el cual se añade un párrafo segundo con la siguiente redacción: «El plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso: a) Durante el período de suspensión de la ejecución de la pena y b) Durante el cumplimiento de otras penas, cuando resulte aplicable lo dispuesto en el Artículo 75».

La redacción del precepto plantea las siguientes consideraciones sobre su interpretación.

En primer lugar, respecto de la naturaleza del plazo, si nos encontramos ante un plazo de prescripción o de caducidad. Mientras que el artículo 131.2 dice para la interrupción del plazo de prescripción del

delito que «la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido», el párrafo segundo del artículo 132 dice que el plazo quedará en suspenso, lo que, a nuestro juicio, supone que, interpretando conjuntamente ambos párrafos del artículo 132, una vez recaída sentencia firme, hasta que se resuelve el cumplimiento o la suspensión de la ejecución de la pena o se requiere el cumplimiento de la primera de las penas impuestas y cuyo cumplimiento simultáneo no es posible, comienza a correr el plazo de prescripción, el cual no queda sin efecto, por lo que revocada la suspensión o finalizado el cumplimiento de la primera de las penas, el tiempo del que se dispone para hacer cumplir la pena suspendida o las demás penas, es el que reste y no nuevamente el plazo de prescripción completo. No hay interrupción del plazo de prescripción, por lo que los plazos del artículo 133 CP son de caducidad.

En segundo lugar, no puede hablarse de resoluciones que interrumpen la prescripción, sino de resoluciones que suspenden el plazo.

En tercer lugar, ha de determinarse el momento en el que el plazo de prescripción deja de correr. Entendemos que en el supuesto en el que se otorga el beneficio de la suspensión habrá que estar a la fecha de firmeza del auto que otorga dicho beneficio, si bien, esta será una cuestión exenta de polémica, dado que para determinar el «dies a quo» del cómputo del plazo durante el que el reo no ha de delinquir se ha venido manteniendo por la doctrina menor que «El plazo se debe computar desde la fecha de notificación al interesado». Mayores dificultades plantea el supuesto del artículo 75 CP, dado que el momento en el que se ha de entender suspendido el plazo ha de fijarse con relación al inicio de la ejecución de otra pena, la pena que ha de cumplirse primero. Por lo tanto, en el supuesto de cumplimiento sucesivo de las penas, la fecha en la que se inicia la ejecución de la pena más grave, es la fecha en la que deja de trascurrir el plazo de prescripción de las siguientes.

En cuarto lugar, ha de determinarse el momento en el que el plazo de prescripción de la pena se reanuda. En el supuesto del artículo 80 CP habrá que estar a la fecha de la firmeza de la resolución que acuerde la revocación de la suspensión de la ejecución conforme al artículo 86 del Código Penal, si bien nos podemos encontrar con problemas en la práctica dado que la denominada doctrina menor de las Audiencias ha considerado que la denegación de la suspensión, al ser una medida gravosa, debe ser notificada en persona al afectado, aunque esta doctrina no es unánime. Como sucedía en el supuesto anterior, mayores problemas plantea el supuesto de cumplimiento de penas sucesivas. Los hitos temporales que pueden tomarse como referencia son

varios, desde la fecha del auto que declara la remisión de la condena previamente cumplida, como la fecha en la que se cumplía la pena previamente ejecutada según la liquidación aprobada o la fecha de inicio de la ejecución de la pena cuyo cumplimiento se ha demorado, según la liquidación practicada. Entendemos que el hito temporal que ha de tenerse en cuenta es aquel que aporte mayor seguridad jurídica y sea igual para toda clase de penas, cualquiera que sea su naturaleza, por lo que habrá de optarse por la fecha de firmeza del auto que declare el cumplimiento y remisión de la condena, momento en el que el cumplimiento de la pena no pueden producirse más vicisitudes y momento, como decía el Tribunal Supremo, en que, resueltas todas las incidencias referidas a la ejecución de la pena y el modo de llevarle a cabo, debe dar comienzo el cumplimiento de la condena. Y ello porque la liquidación de la pena puede sufrir alteraciones durante la tramitación de la ejecutoria, bien por haberse quebrantado la condena, bien por recaer posteriormente condenas más graves y cuyo cumplimiento es preferente según el artículo 75 CP o bien por su refundición. El que se defienda como solución la aplicación de este criterio, no supone que se nos escape que la cuestión no será pacífica, puesto que la práctica en los tribunales produce supuestos en los que un mismo criterio pueda resultar beneficioso o no para el reo.

En quinto lugar, en el supuesto de quebrantamiento, una interpretación conjunta de ambos párrafos del artículo 132 lleva a la conclusión, como hemos dicho, de que los plazos del artículo 132 son de caducidad, por lo que el penado gana el tiempo transcurrido entre el quebrantamiento y el reingreso en prisión.

En sexto lugar, cabe plantearse qué sucederá después de la reforma con los supuestos de suspensión de la ejecución por petición de indulto (artículo 4.4 CP) y por interposición de recurso de amparo (artículo 56 LOTC). El estado de la cuestión con la legislación vigente pone de manifiesto una vez más la divergencia de opiniones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

La doctrina del Tribunal Supremo ha sido expuesta anteriormente, por lo que nos remitimos a ella. Frente a esta, el Tribunal Constitucional señala que «la contemplación de nuevas causas de interruptivas de la prescripción de las penas distintas a las recogidas en los preceptos legales reguladores de dicho instituto no es un supuesto que, lógicamente, teniendo en cuenta los precedentes del CP de 1995, pudiera haber pasado inadvertido al legislador al regular dicha materia, lo que «desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites» (SSTC 19/1999, de 22 de enero, FJ 5; 57/2008, de

28 de abril, FJ 6), permite entender que si el legislador no incluyó aquellos supuestos de suspensión de ejecución de la pena como causas de interrupción de la prescripción de las mismas fue sencillamente porque no quiso hacerlo. En todo caso, y al margen de problemáticas presunciones sobre la intención del legislador, el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable y, a partir de él, no resulta constitucionalmente aceptable una interpretación de los preceptos legales aplicables que excede de su más directo significado gramatical (STC 97/2010 de 15 de noviembre).

Consideramos que la reforma no da motivos para entender superada la posición del Tribunal Supremo, dado que, atendiendo a la fundamentación esgrimida por el alto tribunal para sustentar la posibilidad de admitir supuestos de suspensión del plazo de prescripción de las penas aunque el legislador no lo haya previsto expresamente, la misma no se circunscribe a un número cerrado de supuestos, sino que es aplicable a «todos aquellos periodos en que se dilata el comienzo de ejecución por eventualidades previstas en la propia legislación penal y que implican de suyo la no paralización de las actuaciones orientadas a la ejecución (...) y también la sustanciación de todas aquellas actuaciones procesales que atienden las peticiones del condenado a propósito precisamente de la propia ejecución o sustituciones de las penas privativas de libertad». Lo que resulta incuestionable, como no se le escapa a nadie, es que la reforma fortalece al Tribunal Constitucional en su posición, sin embargo, no iríamos tan lejos como para afirmar que el legislador ha querido poner fin a la polémica y dejar sin efecto la interpretación del Tribunal Supremo, puesto que la exposición de motivos, al justificar la introducción del párrafo segundo en el artículo 132, como vimos, se limita a decir que parece conveniente que esos dos supuestos de suspensión del plazo de prescripción, que venían considerándose en la práctica de los Tribunales, pase ahora a figurar de forma expresa en el texto legal, lo que puede interpretarse como una voluntad de respaldar la jurisprudencia creada por el Tribunal Supremo.

4. *Sucesión normativa*

Por último, cabe plantearse si el artículo 132.2 CP es una norma favorable o desfavorable para el reo a los efectos de su aplicación temporal. Ello carece de trascendencia práctica, dado que el contenido del proyecto es actualmente complemento del ordenamiento jurídico a través de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (artículo 1.6 CC). En todo caso, deberá tenerse en cuenta que según el Alto Tribunal, «el paráme-

tro del tiempo prescriptivo no es el que ha de tomarse en cuenta para revisar una sentencia en orden a la aplicación retroactiva del Código más beneficioso, sino que se ha de atender para ello a la gravedad de la pena privativa de libertad impuesta en uno u otro para el tipo delictivo de que se trate, pena que ha de entenderse en abstracto y no en concreto, es decir, ha de medirse por la pena máxima posible y no por la realmente impuesta según el arbitrio de los Tribunales (Disposición Transitoria Quinta, segundo párrafo). Además, hay que tener en cuenta que las normas contenidas en uno y otro Código no se pueden escindir en su aplicación, según establece la Disposición Transitoria Segunda cuando textualmente dice que «para la determinación de cuál sea la Ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con aplicación de las normas “completas” de uno u otro Código». Es decir, en el presente caso, no es posible aplicar al mismo tiempo el artículo 344 antiguo, que es el que tipifica y condena la acción enjuiciada, y los actuales artículos 33 y 133 relativos a la prescripción de la pena (STS 1979/2002 de 30 de noviembre).

III. El comiso

1. *Situación actual*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que el comiso se caracteriza por las siguientes notas:

- 1.º No constituye una pena, por no estar incluido en el catálogo del artículo 33 CP, sino una consecuencia accesoria del delito (Título IV del Libro I).
- 2.º Está sometido a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y legalidad.
- 3.º La aplicación del decomiso no debe entenderse preceptiva en todo caso al no tratarse de una pena accesoria, por lo que ha de ser solicitada por el Ministerio Fiscal o partes acusadoras, de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el Juicio Oral, debiendo ser motivada la resolución que lo acuerde (TS 475/2006, 2 de mayo).
- 4.º Al tratarse de una consecuencia accesoria de la pena, su imposición es improcedente si no ha mediado condena.
- 5.º El comiso se diferencia de la responsabilidad civil, si bien el producto de su licitación pueda aplicarse a cubrir responsabilidades civiles (TS 867/2002, 29 de julio).

2. Exposición de motivos del proyecto

La exposición de motivos del proyecto dedica el extenso apartado X a explicar la «ambiciosa revisión» de la que es objeto la regulación del comiso y establece como fin principal de la reforma la de «facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos». De la lectura de la exposición de motivos se concluye que los ejes de la reforma son los siguientes:

1.º El comiso no es una pena, sino una institución civil y que esta naturaleza jurídica es la que permite una regulación del comiso tan amplia de la figura. De esta manera, el proyecto construye toda la reforma sobre la idea de que el comiso no tiene naturaleza penal, conteniendo la exposición de motivos afirmaciones como que el comiso «no tiene naturaleza penal sino que es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la Ley penal», que es de «naturaleza patrimonial y no penal» o que tiene «una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto».

La exposición de motivos explica que dicha afirmación sobre la naturaleza jurídica del delito toma en consideración:

- a) «Tanto la regulación actualmente contenida en la Decisión Marco 2005/212/JAI, que la cual se refiere expresamente a que los Estados miembros “pueden recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate” (art. 3.4), actualmente en vigor, como en la nueva Directiva europea sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia de la Unión Europea que se encuentra actualmente en fase de tramitación», así como de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- b) Que de la señalada normativa y doctrina, se extrae que el comiso «no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho y «dado que el comiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción».

2.º El establecimiento de las siguientes clases de comiso: el «comiso directo», el «comiso por sustitución», el «comiso am-

pliado», el comiso sin sentencia o sin condena y el comiso de bienes de terceros.

- 3.º La necesidad de introducir mejoras técnicas en su regulación e introducir las normas procesales necesarias para hacer posible su aplicación.

Como veremos a continuación, la regulación establecida en el proyecto no es apta para cumplir los fines que se ha propuesto, dado que es incoherente con la naturaleza jurídica que predica del comiso a la hora de establecer la extensión y efectos del mismo, de redacción farragosa y de técnica jurídica muy deficiente o, al menos, imprecisa, lo que arrastrará a la misma a muchos problemas de aplicación e interpretación que en la práctica de los Tribunales harán la reforma inaplicable.

3. *Naturaleza jurídica del comiso*

Este es el primer aspecto de la reforma que resulta criticable, máxime cuando, como hemos dicho, es la base de la regulación. Si bien de la lectura de la exposición de motivos puede concluirse que el proyecto considera que el comiso tiene una naturaleza civil, lo cierto es que una lectura detallada evidencia que nunca se aclara cual es esta naturaleza jurídica y ello porque:

- 1.º Parece que para determinar la naturaleza jurídica atiende a la clase de comiso. De esta manera, siempre que la exposición de motivos afirma que el comiso no es una sanción penal, lo hace refiriéndose, bien al comiso sin condena o sin sentencia, bien al comiso ampliado, por lo que puede entenderse que en el caso del comiso directo y el comiso por sustitución, su naturaleza es penal. Especialmente ilustrativo es el siguiente párrafo: «Tradicionalmente el comiso del producto del delito ha estado vinculado a la existencia de una condena previa (penal) por el delito cometido. Con este punto de partida, se había afirmado que un “comiso sin condena” es necesariamente contrario al derecho a la presunción de inocencia, pues autoriza el comiso de efectos procedentes de un delito que no ha sido probado y por el que no se ha impuesto ninguna condena. Sin embargo, tal interpretación solamente viene determinada por un análisis del comiso apegado a la regulación tradicional del mismo, y desconoce que, como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el “comiso sin condena” no tiene una naturaleza

propriadamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho». Por lo tanto, “a sensu contrario”, puede interpretarse que el proyecto entiende que el comiso directo, al haber una condena previa por el delito cometido, tiene naturaleza penal».

- 2.º Al referirse al comiso como un instituto civil, ni lo hace empleando un lenguaje técnico-jurídico, dado que en otros lugares habla de naturaleza «patrimonial», ni lo afirma de manera taxativa, dado que emplea expresiones como que «es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa» o «una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto», no siendo por lo tanto posible concluir si lo que se ha querido el proyecto es decir que el comiso es una institución de derecho civil, mixta entre el derecho penal y el derecho civil o que se ha querido dejar la cuestión indefinida y que el único propósito de hacer referencia al enriquecimiento injusto es acallar posibles críticas a la amplitud con la que se regula la institución.
- 3.º La rúbrica del Título IV no se modifica, por lo que el comiso sigue contemplándose en el Código Penal como una consecuencia accesoria del delito.
- 4.º Como se expondrá más detenidamente al tratar cada uno de los supuestos de comiso, entendemos que es contradictorio poner límites a la extensión de los bienes que pueden decomisarse si nos encontramos ante supuestos de enriquecimiento injusto.

Con lo expuesto no se pretende criticar que se defienda que el comiso tiene naturaleza civil, sino que la indefinición de la que hace gala el proyecto hace imposible que se consiga el fin de facilitar su aplicación.

4. *El comiso directo y el comiso por sustitución*

El artículo 127 contiene la regulación del comiso directo, distinguiendo, como en la regulación vigente, entre que la pena se imponga por delito doloso o por la comisión de un delito imprudente. La redacción del precepto es idéntica a la que se encuentra en vigor, siendo la única novedad la supresión de la referencia al decomiso ampliado por ser objeto de regulación específica en otro artículo. Lo mismo sucede con los párrafos cuarto y quinto del precepto vigente.

Como adelantamos anteriormente, nos encontramos con uno de los primeros supuestos cuya regulación arroja dudas sobre la naturaleza

jurídica que el proyecto predica del comiso. Así, en el supuesto de la imposición de una pena por la comisión de un delito imprudente, si se afirma que el comiso tiene una naturaleza cercana al enriquecimiento injusto, carece de sentido que se establezca que la pena impuesta tiene que ser privativa de libertad superior a un año para que opere el comiso. No lo es si el comiso es una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho.

El párrafo tercero del artículo 127 del proyecto regula el comiso por sustitución, dándole una nueva redacción, estableciendo que «Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá, cuando se acuerde el comiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición».

5. *El comiso ampliado*

El proyecto introduce un nuevo artículo 127 bis para regular el comiso ampliado. Analizaremos a continuación la redacción de cada uno de los apartados haciendo referencia a la explicación que la exposición de motivos contiene sobre el mismo.

1. El Juez o Tribunal ordenará también el comiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:
 - a) Delitos de trata de seres humanos.
 - b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de quince años.
 - c) Delitos informáticos de los artículos 197.2 y 3 o 264.
 - d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los que hubiera sido apreciada la circunstancia de profesionalidad.
 - e) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.
 - f) Delitos de corrupción en los negocios.
 - g) Delitos de receptación del artículo 298.2.
 - h) Delitos de blanqueo de capitales.
 - i) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.
 - j) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

- k) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.
- l) Delitos de falsificación de moneda.
- m) Delitos de cohecho.
- n) Delitos de malversación.
- o) Delitos de terrorismo.
- p) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

A los efectos de lo previsto en el número 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

La primera duda que suscita este precepto es la de si nos encontramos ante una presunción *iuris tantum* de que los bienes del condenado son de procedencia ilícita, puesto que el precepto excluye el comiso cuando el acusado acredite el origen lícito de los bienes. Consideramos que el precepto no establece una presunción, dado que exige que el Juez justifique su decisión sobre unos indicios y los que se enumeran en el apartado 2 no constituyen una lista cerrada. Por lo tanto, nos encontramos ante una norma sustantiva (apartado primero) mezclada con una norma de carácter procesal de valoración de prueba que completa el artículo 741 LECr, lo que pone de manifiesto la deficiente técnica a la que aludíamos. A nuestro juicio, esta nueva regulación del comiso, en contra de lo afirmado por la exposición de motivos, no facilita su aplicación, al exigir del Juez la valoración de indicios, planteando menos problemas la redacción introducida en el artículo 127 del Código Penal vigente por la Ley orgánica 5/10, si bien introducía otro elemento valorativo como es la desproporción entre el patrimonio y los ingresos obtenidos legalmente.

Por lo tanto, entendemos que lo coherente con los fines de la reforma y con la naturaleza de enriquecimiento injusto que se predica del comiso ampliado, hubiese sido configurarlo como una presunción *iuris tantum*.

De la exposición de motivos se deduce que los bienes o efectos decomisados deben proceder de otras actividades ilícitas del sujeto condenado que sean distintas a las que constituyen los hechos por los que

se le condena y que aquellas actividades no han debido ser objeto de prueba plena. Se dice expresamente que «frente al “comiso directo” y el “comiso por sustitución”, el “comiso ampliado” se caracteriza, precisamente, porque los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena. No se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que ha existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar». Sin embargo, existe una contradicción entre las explicaciones de la exposición de motivos y la redacción del precepto, dado que si la exposición dice que la actividad criminal debe ser la que no ha resultado plenamente acreditada, la redacción de apartado primero parece referirse exclusivamente a la prueba del origen de los bienes. Es decir, en un juicio habrá actividad probatoria dirigida a acreditar el delito junto con su objeto, instrumentos, efectos, otra actividad dirigida a probar el patrimonio del acusado y otra actividad probatoria dirigida a acreditar que este se ha obtenido o proviene de aquel. La exposición de motivos se refiere al resultado de la primera de las actividades probatorias a las que hemos hecho mención, mientras que el precepto se refiere a la última de ellas, dado que dice «cuando resuelva que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva a partir de indicios objetivos fundados» y los indicios, de carácter abierto, que fija el párrafo segundo se refieren también al origen de los bienes de la persona condenada.

La exposición de motivos explica que el catálogo de delitos que incluye el precepto se ha determinado considerando aquellos «delitos que normalmente generan una fuente permanente de ingresos», sin embargo, si esto es así, sorprende que se hayan excluido el delito de estafa y el delito de apropiación indebida cuando haya sido apreciada la circunstancia de especial gravedad o valor superior a 50.000 €. Sólo se incluyen en el ámbito del precepto las estafas y apropiaciones en los que casos que hubiera sido apreciado la circunstancia de profesionalidad. Este precepto plantea la duda de si se remite a la redacción que el proyecto da al artículo 250, en el que se incluye en su n.º 4 como circunstancia que el autor actúe con profesionalidad, señalando que existe esta cuando el autor actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional, o debe también entenderse incluida el supuesto de que el autor se aproveche de su credibilidad profesional, supuesto este que podríamos calificar de marginal,

dada la aplicación restrictiva que la jurisprudencia vigente del Tribunal Supremo ha hecho de esta circunstancia, al exigir que la credibilidad empresarial o profesional del autor, además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de estafa, le permita realizar la acción «desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad, lo que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva, un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (TS 610/2006, 29 de mayo y 212/2006, 2 de febrero)». Finalmente, también llama la atención que no se haya incluido ninguno de los delitos contra el mercado y los consumidores y especialmente el cometido con ocasión de la emisión de valores negociados (artículo 282 bis), los delitos contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad y fraude de subvenciones, dadas las elevadas cuantías que exigen estos tipos penales para otorgar a dichos fraudes trascendencia penal y los delitos societarios, sobre todo cuando se incluye la corrupción en los negocios.

Este precepto solo será aplicable en el caso en el que se acuse a una persona de distintos hechos y, celebrado el juicio, queden unos acreditados plenamente y otros no, lo que plantea las siguientes dudas, una de carácter sustantivo, si la actividad delictiva no acreditada ha de ser de la misma naturaleza o constitutiva del mismo delito que los hechos por los que ha sido condenado el acusado o si puede ser cualquier otro del listado contenido en el precepto y otra de carácter procesal, si los hechos tiene que ser objeto de un mismo proceso o pueden ser objeto de distintos procesos, tantos como actividades delictivas se le imputen.

El apartado 3 contempla la aplicación del comiso por sustitución al establecer que «en estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo anterior».

El apartado 4 establece que «Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el Juez o Tribunal valorará el alcance del comiso anterior acordado al resolver sobre el comiso en el nuevo procedimiento» que se justifica por la exposición de motivos en que «no persigue reprochar al condenado la realización de un hecho ilícito, lo que sería propio de una pena, sino conseguir fines ordenadores del patrimonio y de corrección de una situación patrimonial ilícita derivada de un enriquecimiento injusto de origen delictivo; y el comiso ampliado no presupone ni conlleva una declaración de culpabilidad por la actividad delictiva desarrollada por el

sujeto, pues el comiso ni presupone tal declaración de culpabilidad ni es una pena».

En este caso, habrá que determinar que debe entenderse por «hechos delictivos similares», es decir, si se trata de hechos subsumibles en cualquiera de los delitos del catálogo del apartado primero, si se trata sólo de hechos que sean constitutivos del mismo tipo penal por el que se le condenó previamente o bastará con que los delitos sean de la misma naturaleza, dentro del catálogo establecido en este artículo.

Por último, el apartado 5 establece que «el comiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada».

Este precepto establece dos supuestos en los que el comiso ampliado no podrá acordarse, aun cuando concurren todos los requisitos exigidos en los preceptos primero y segundo y será, primero, en los supuestos en los que el delito del que proceden los bienes haya prescrito y segundo, en los supuestos en los que respecto del delito del que proceden los bienes se haya dictado resolución con efectos de cosa juzgada.

El supuesto de la prescripción plantea problemas a la hora de determinar a qué actividad delictiva se refiere el precepto:

- 1.º Debemos partir de que se efectúa de inicio una remisión al apartado primero, pues se dice «comiso al que se refiere este artículo».
- 2.º El comiso al que se refiere este artículo es el comiso ampliado y si seguimos la exposición de motivos, en este comiso las actividades ilícitas a las que se refiere son aquellas realizadas por el sujeto condenado que sean distintas a las que constituyen los hechos por los que se le condena y que no han debido ser objeto de prueba plena. Es decir, el supuesto no se está refiriendo a que el delito que se declara probado plenamente sea declarado prescrito, teniendo en cuenta además que exige que la persona esté condenada. En este sentido el artículo dice «las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos». Por lo tanto, si las actividades delictivas que han sido declaradas prescritas son aquellas que no han sido objeto de prueba plena, el artículo es inaplicable, dado que nunca el Tribunal entrará a valorar si están prescritas si previamente no las ha dado por acreditadas, salvo que lo que quiera decir el precepto es que el Juez, una vez valorada la existencia de indicios y concluida la existencia de estos, deba plantearse si la actividad criminal indiciaria

pero no acreditada, está prescrita y en su caso no acordar el comiso. Pero esta opción presente un problema, cual es que, como dijimos anteriormente, el precepto habla de indicios del origen de los bienes y los indicios que concreta en el apartado dos se refieren a este, no a la actividad delictiva, por lo que, a pesar de lo que dice la exposición de motivos, lo que va a valorar el Juez es la relación entre actividad delictiva y bienes. En consecuencia, habrá que entender que el Juez debe efectuar una doble valoración de indicios, no solo referida a la procedencia de los bienes, que es lo que expresamente dice el artículo, sino también a la actividad delictiva que cita el precepto.

- 3.º Este límite no es congruente con la naturaleza jurídica del comiso ampliado, recordemos que la exposición de motivos lo emparenta con el enriquecimiento injusto, dado que la prescripción no aporta nada nuevo a la situación jurídico-penal del sujeto ya que a este, como repite hasta la saciedad la exposición, no se le iba a imponer una pena por la actividad delictiva de la que proceden los bienes, al no haber resultado acreditada plenamente.
- 4.º Tampoco es congruente, partiendo de la citada naturaleza jurídica, con el comiso sin condena o sin sentencia, dado que en el supuesto de prescripción de la actividad criminal que resultó probada plenamente, si cabe acordar el comiso.

Finalmente, desde la perspectiva procesal nos podemos encontrar con las siguientes situaciones:

- 1.ª Que la actividad delictiva probada plenamente y aquella que se estima indiciaria hayan sido objeto del mismo proceso y ambas objeto de debate y contradicción en juicio oral.
- 2.ª Que la actividad delictiva que resulta probada plenamente y la que se estima indiciaria haya sido objeto del mismo proceso, pero la primera fue objeto de debate y contradicción en juicio oral, mientras que la declarada indiciaria fue objeto sobreseimiento provisional, es decir, la resolución que puso fin a la fase de instrucción conforme al artículo 779 LECr acordó continuar respecto de la primera actividad y archivar para la segunda. Esta cuestión no es baladí, puesto que, el Instructor puede acordar el archivo por entender que existiendo indicios, estos no son suficientes para servir de base para una condena penal, cuando ahora, dicho órgano y el Ministerio Fiscal o las acusaciones, deberán valorar también que esos indicios pueden no ser suficientes para una condena penal, pero si para acor-

dar el comiso de bienes, comiso que, dados los términos del artículo 846 bis e) 2 a) LECR que incluye el mismo proyecto, puede solicitarse tanto en el mismo proceso como a través del procedimiento autónomo de comiso que contempla el citado precepto procesal.

- 3.^a Que la actividad delictiva que resulta probada plenamente y la que se estima indiciaria haya sido objeto distintos procesos. En este caso se produce la paradoja consistente en que una persona, en un mismo proceso puede ser condenada por una actividad ilícita probada y ver decomisados sus bienes por una actividad ilícita indiciaria. Sin embargo, si esta última hubiese constituido el objeto único de un proceso anterior, la sentencia habrá sido absolutoria dado que por definición no hay prueba plena y, salvo que se hubiese acordado el comiso o el Fiscal lo hubiese reservado para el procedimiento autónomo conforme al artículo 846 bis e), no será posible acordarlo posteriormente sobre la base de los mismos indicios por la aplicación del apartado 5 de este artículo.

6. *El comiso sin sentencia*

El artículo 127 ter regula el comiso sin sentencia o sin condena en los siguientes términos:

El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,
- b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o
- c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.

El comiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el párrafo anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.

A pesar de que el artículo 127 ter se remite a los comisos anteriores (directo, por sustitución y ampliado), cabe plantearse si cabe el comiso

ampliado dado que los términos que emplean ambos artículos son distintos. Así, el comiso ampliado habla de indicios y distingue entre el objeto de comiso y la actividad ilícita origen, mientras que el comiso sin condena exige una «situación patrimonial ilícita acreditada», lo que implica a nuestro entender que deberá acreditarse tanto la actividad ilícita como el patrimonio y la relación de procedencia del segundo respecto del primero. Por lo tanto, entendemos que el comiso sin condena debe entenderse referido al comiso directo y por sustitución. Ello es coherente con los supuestos en los que cabe acudir al comiso sin sentencia según el presente artículo.

La exigencia de que existan indicios racionales debe entenderse en el sentido de que es preciso que se haya dictado una resolución por la que se declara finalizada la instrucción y se acuerda la continuación del procedimiento, bien mediante auto de procesamiento (artículo 384 LECR), bien mediante auto previsto en el artículo 779.1.4.^a LECR, como presupuesto para poder incoar el procedimiento autónomo de comiso del artículo 846 bis e) LECr.

7. *El comiso de bienes de terceros*

El artículo 127 quáter contiene la regulación de esta clase de comiso, justificando la exposición de motivos la reforma en la necesidad de introducir mejoras de carácter técnico.

Los Jueces y Tribunales podrán acordar también el comiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:

a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.

b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.

Dada la redacción de los supuestos, resulta difícil pensar que aquellos a los que el precepto considera terceras personas no sean imputados o acusados por un delito de receptación o blanqueo de capitales, por lo que consideramos que se trata de una clase de comiso a modo de cláusula de cierre.

Asimismo el proyecto contempla la introducción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de un procedimiento para estos supuestos bajo la rúbrica «De la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el comiso».

8. *Otros aspectos de la reforma*

El artículo 127 quinquies, establece que «Si la ejecución del comiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el Juez o Tribunal podrá, mediante auto, acordar el comiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del comiso inicialmente acordado. De igual modo se procederá, cuando se acuerde el comiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición».

La diferencia entre este artículo y el artículo 127.3 se encuentra en que el presente precepto exige como presupuesto la existencia de un proceso de ejecución de bienes previamente decomisados.

El artículo 127 seis, abarca distintos aspectos como son el aseguramiento de bienes susceptibles de comiso, conservación y destino, estableciendo:

1. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.
2. Corresponderá al Juez o Tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la Ley de enjuiciamiento criminal, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos.
3. Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente.

El último apartado es el que resulta más criticable puesto que su redacción no aporta nada nuevo al artículo 127.5 del Código Penal vi-

gente, salvo enturbiar su aplicación dado que sustituye un concepto jurídico de significado claro («responsabilidades civiles del penado») por otro de escaso rigor técnico, como es «indemnizaciones a las víctimas», lo que exige determinar el concepto de víctima y en concreto si es solo el sujeto pasivo del delito o también el perjudicado. Atendiendo a las demás disposiciones del Código Penal, tanto del vigente como en el proyecto, la víctima es el sujeto pasivo o agraviado, siendo ambos conceptos sinónimos, salvo en el supuesto del artículo 296, respecto del que se considera agraviados a quienes han sufrido, directa o indirectamente, menoscabo económico o los titulares del bien jurídico afectado (AP, Madrid, 2.ª, 323/2001, 3 de septiembre), lo que supone que los bienes decomisados no se destinan a cubrir la responsabilidad civil a la que hubiese sido condenado en favor de un tercero que sufre económicamente o moralmente las consecuencias de la acción (en los términos del artículo 113 LECr).

El artículo 86 prevé la revocación de la suspensión y la ejecución de la pena cuando el penado facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado.

Por último, la reforma se completa con la introducción de una regulación del procedimiento de comiso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la creación de un nuevo «Título VIII» en el Libro IV con la rúbrica «Del procedimiento de comiso» y compuesto de un «Capítulo I» con la rúbrica «De la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el comiso» en el que se integran los nuevos artículos 846 bis a) a 846 bis d) y un «Capítulo II» con la rúbrica «Del procedimiento autónomo de comiso», en el que se integran los nuevos artículos 846 bis e) a 846 bis g). Asimismo se modifican las disposiciones relativas a la destrucción y realización anticipada de efectos judiciales, con el fin, según nos dice la exposición de motivos, de crear una Oficina de Gestión de Activos a la que corresponderá realizar las actuaciones necesarias para gestionar, del modo económicamente más eficaz, la conservación, realización o utilización de los bienes intervenidos y poner fin al doble régimen de comiso (según se tratara de delitos contra la salud pública o de otros de diferente naturaleza).

La reforma de las medidas de seguridad¹

Ángel José Sanz Morán

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

1. Ya las primeras líneas de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal², objeto de estas Jornadas anun-

¹ Ponencia presentada a las X Jornadas de Derecho Penal en homenaje a José María Lidón: «Algunas cuestiones de Derecho Penal y Procesal Penal», celebradas en Bilbao los días 7 y 8 de noviembre de 2013. Se ha procurado respetar el tono de la presentación oral, lo que se traduce también en la reducción al mínimo de las referencias bibliográficas. Por otra parte, dada nuestra previa ocupación monográfica con la materia aquí tratada, permítasenos remitir, para mayor información, a A.J. Sanz Morán, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Valladolid, 2003. De la literatura posterior en español destaquemos sólo P. Ziffer, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Buenos Aires, 2008 y A. Urruela Mora, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Granada, 2009.

² Este Proyecto, con fecha de 20 de septiembre de 2013 (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, el día 4 de octubre de 2013), tiene su origen inmediato en el Anteproyecto homónimo de 3 abril de 2013. Éste, a su vez, encuentra su origen inmediato en otro Anteproyecto de 11 de octubre de 2012, que fue objeto de sendos Informes por el Consejo Fiscal (con fecha de 8 de enero de 2013) y por el Consejo General del Poder Judicial (con fecha de 16 de enero de 2013). Dada la amplia coincidencia existente entre estas dos versiones del Anteproyecto y el Proyecto finalmente presentado y considerando el amplio impacto que tuvieron aquellos, no sólo entre juristas, sino también en la opinión pública, será ineludible referirnos, con alguna frecuencia, a dichos Anteproyectos y, en su caso, a las consideraciones críticas suscitadas, para poder explicar mejor el sentido de las actuales previsiones. Cabe destacar, asimismo, que el primero de los Anteproyectos, de 11 de octubre de 2012, al margen de diversos análisis de alcance más reducido, fue objeto de un amplio estudio crítico publicado como libro electrónico. Véase F.J. Álvarez García, dir. y J. Dopico Gómez-Aller, coord., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013, donde ya nos ocupamos (páginas 467-479) de las reformas proyectadas entonces en materia de medidas. A su vez, el Anteproyecto de 3 de abril de 2013, ha sido objeto de preceptivo Informe por parte del Consejo de Estado, con fecha de 27 de junio de 2013. Anticipemos ya que entre las dos versiones del Anteproyecto, la originaria de 11 de octubre de 2012 y esta reformada de 3 de abril de 2013, existe una divergencia fundamental en relación a la materia que nos ocupa: la supresión, en la última de ellas, de la custodia de seguridad, medida cuya introducción en nuestro sistema legal, proyectada con el primero de estos textos, había suscitado una viva controversia tanto en el ámbito académico, como en el de la opinión pública.

cian, como objetivo central del mismo, «una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la medida de libertad vigilada; y la revisión de la regulación del delito continuado».

La regulación de las medidas de seguridad experimenta, en efecto, «una profunda reforma», como afirma la Exposición de Motivos del Proyecto, que destina un apartado (el VII³) a justificarla. La reforma operaría «en un doble sentido: se desarrolla de un modo coherente el principio conforme al cual el fundamento de las medidas de seguridad reside en la peligrosidad del autor; y se culmina la evolución hacia un sistema dualista de consecuencias penales».

Lo primero se concreta, siempre según la Exposición de Motivos, en el abandono del modelo seguido en el Código Penal vigente, en cuya virtud la clase y duración de las medidas se hacen depender de la de la pena que hubiera correspondido al delito cometido caso de ser declarado el sujeto responsable, para pasar al criterio dominante en el derecho comparado, que vincula aquellas de manera más decisiva a la peligrosidad criminal del sujeto; esto es, al pronóstico de comisión de nuevos delitos por su parte. Ello se traducirá, ante todo, en el modo de fijar los límites máximos de duración de las correspondientes medidas. Ahora bien, si resulta aceptable, en cuanto punto de partida, este planteamiento, por ser más respetuoso con las diferencias conceptuales, así como de fundamento y finalidades perseguidas, existentes entre penas y medidas, lo que resulta mucho más cuestionable son los términos en que el «prelegislador» concreta su propuesta. Pues una cosa es que la medida deje de depender tan estrechamente de la pena prevista en abstracto para el delito cometido, lo que venía exigiendo un sector muy amplio de la doctrina y otra muy distinta es establecer *de facto*, como hace el Proyecto, medidas que pueden tener una duración de por vida, en virtud de un sistema de prórrogas ilimitadas, lo que choca con las más elementales exigencias del principio de proporcionalidad, de importancia central en este ámbito, pues desempeña, como es notorio, una función limitadora equivalente a la del principio de culpabilidad en el ámbito de la pena. Lo veremos a continuación, al exponer el contenido del Proyecto.

En lo que se refiere al segundo de los *Leitmotive* aducidos en la Exposición de Motivos, esto es, la culminación de una evolución «hacia

³ El VI, en la versión del Anteproyecto de 11 de octubre de 2012.

un sistema dualista de consecuencias penales», la propuesta se traduce principalmente en la ampliación del ámbito de aplicación de la denominada medida de libertad vigilada, incorporada, como es sabido, al Código Penal en la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Además de ello, la primera versión del Anteproyecto introducía —como hemos indicado en nota— la medida de «custodia de seguridad», objeto de creciente cuestionamiento en los países donde se prevé y que ha provocado, además, algún pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuya virtud, aunque termina admitiéndose la anudación a una pena de una medida posterior de custodia de seguridad, se delimitan estrictamente los criterios que permitan calificar este modelo «dualista» de respuesta al delito como compatible con la Convención, rechazando aspectos concretos de la regulación que de la medida de custodia de seguridad prevé el Código Penal alemán⁴. Tanto la segunda versión del Anteproyecto, de 3 de abril de 2013, como el Proyecto finalmente presentado, suprimen toda referencia a esta novedosa previsión⁵, pese a que el Anteproyecto originario, de 11 de octubre de 2011, destinaba un amplio espacio en la Exposición de Motivos a justificar la introducción de la custodia de seguridad.

⁴ Muy señaladamente, la aplicación retroactiva de una reforma legal por la que se incrementaba su límite temporal máximo, convirtiéndola en indeterminada (sentencia del TEDH, caso M. contra Alemania, de 17 de diciembre de 2009) y la imposición de la medida en sede de ejecución de la pena, desvinculada del delito objeto de condena —la denominada por el legislador alemán *Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*— (sentencia del TEDH, caso H. contra Alemania de 11 de enero de 2011). Se da la circunstancia de que el Tribunal Constitucional alemán había validado ambas previsiones, por lo que, con posterioridad a estos fallos del TEDH, se ha visto obligado a revisar sus planteamientos en la importante sentencia de 4 de mayo de 2011, en la que insta a modificar la regulación de esta medida en el *StGB* con la fecha límite de 31 de mayo de 2013. Ulterior información, en T. Hörnle, «Der Streit um die Sicherungsverwahrung. Anmerkung zum Urteil des 2. Senats des BVerfG vom 4.5.2011-NStZ 2011, 450», en *NStZ* (2011): 488-493; J. Kinzig, «Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung», *NJW* (2011): 177-182; R. Rissing-Van Saan, «Neuere Aspekte der Sicherungsverwahrung im Kontext der Rechtsprechung des EGMR», en *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin, 2011, pp. 1173-1191 y H. Schöch, «Sicherungsverwahrung und Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten», en *ibidem*, pp. 1193-1213. También el Informe del Consejo General del Poder Judicial a la primera versión del Anteproyecto ofrece una apretada síntesis de esta evolución.

⁵ No obstante, por un evidente olvido, el artículo 96 del Anteproyecto de 3 de abril de 2013 seguía recogiendo la «custodia de seguridad» en el catálogo de medidas privativas de libertad y en el artículo 102.2 establecía el plazo de dos años para revisión de la ejecución de esta medida. Ambas previsiones desaparecen en el Proyecto presentado a las Cortes.

Antes de comprobar en qué medida confirma el texto proyectado lo indicado en la Exposición de Motivos, es preciso recordar, aunque sea someramente, el alcance que cobra, en términos histórico-dogmáticos, el contraste entre monismo y dualismo en la reacción frente al delito, lo que exige alguna aclaración terminológica (apartado 2), para exponer, a continuación, el sentido en que cabe calificar de «neo-monista» al modelo incorporado al Código Penal de 1995 (apartado 3) y la parcial revisión que en este modelo introduce la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (apartado 4). Veremos a continuación en qué se concreta el proclamado «dualismo» del Proyecto que nos ocupa (apartado 5) y si el mismo es observado siempre de manera coherente (apartado 6), para cerrar con una reflexión final sobre algunas carencias fundamentales de la proyectada regulación de las medidas (apartado 7). Todo ello con la concisión exigida a una contribución de estas características y procurando no entrar en el terreno específico de las otras ponencias que también se ocupan con las medidas y su regulación en este Proyecto de 2013.

2. Como es notorio, las medidas de corrección y de seguridad se incorporan al derecho positivo como fruto del debate suscitado por los planteamientos de la denominada «Escuela positiva» italiana en los años finales del siglo XIX. Recordémoslo de manera sucinta⁶. Los autores agrupados bajo esta denominación rechazan la concepción retributiva de la pena, fundada en la comprensión del delito como producto de una decisión «libre» en contra de la norma y defienden una idea determinista del hombre, de carácter predominantemente biológico (en Lombroso) o social (en Ferri), que obliga a plantear en términos diversos el problema de la responsabilidad penal: el fundamento de la intervención estatal lo constituye la «peligrosidad» del sujeto (*temibilità*, como la calificó, en un primer momento, Garófalo), que habrá de ser combatida por medio de mecanismos, distintos de la pena (de ahí la originaria denominación de «sustitutivos penales»), orientados en línea preventivo-especial, con carácter básicamente readaptador (resocializador) o asegurativo. Con la implantación de estas medidas carecería de sentido la pena tradicional. Oponen, pues, al modelo «monista» de respuesta al delito exclusivamente por medio de penas, un modelo también «monista» de medidas de corrección o de seguridad que hagan frente a la peligrosidad del sujeto⁷.

⁶ Para una aproximación histórico-dogmática al origen de las medidas, véase A.J. Sanz Morán, *Las medidas...*, cit (nota 1), pp. 21 ss., con ulteriores referencias.

⁷ La plasmación más acabada de este modelo la encontramos en el *Proyecto Preliminar de Código Penal Italiano para los delitos*, publicado en 1921 por Enrico Ferri.

Las respuestas más significativas que suscitó esta propuesta son bien conocidas: de un lado, la de Franz von Liszt, con su formulación de un concepto de «pena-final», esto es, teleológicamente orientada, (*Zweckstrafe*), que esté en condiciones de colmar las exigencias preventivo-especiales puestas de manifiesto por los positivistas italianos; de otra parte, la de Carl Stooss, quien propondrá una «solución de compromiso» que, a la postre, terminaría imponiéndose: mantenimiento de la pena, concebida por él en sentido retributivo, e incorporación de las medidas de corrección y de seguridad allí donde la pena no es posible (sujetos inimputables) o resulta insuficiente (delincuente habitual, por ejemplo). Culpabilidad y peligrosidad aparecerán, entonces, como fundamento respectivo de la imposición de penas y medidas, surgiendo así el denominado modelo «dualista» o «de doble vía» de reacción frente al delito, tal y como quedara inicialmente plasmado en el Anteproyecto de un Código Penal para Suiza publicado por Stooss en 1894⁸.

Ciertamente, este modelo dualista no ha dejado de suscitar controversia, en cuyo detalle no podemos ahora detenernos⁹. Baste con una caracterización general del sentido que cobra la discusión más reciente. El «monismo» de medidas, tanto en la versión tradicional (Escuela positiva italiana), como en alguna posterior (por ejemplo, las de Eisenberg o Baurmann), ha merecido crítica generalizada por su falta de concreción y, sobre todo, por los riesgos que puede comportar para la seguridad jurídica. Mayor apoyo han merecido aquellos modelos monistas que, renunciando a las medidas de corrección y de seguridad, convierten a la pena en el único modo de respuesta al delito. Si bien cabe distinguir, dentro de este planteamiento general, dos líneas bien diferenciadas: una tradicional, hoy superada, que se vincula a una concepción retributiva de la pena y la denominada «nuevo monismo» que, a su vez, conoce una versión más radical y otra moderada. De acuerdo con la primera, se extraerían las medidas del derecho penal, reconduciéndolas al ámbito del derecho privado, o del derecho administrativo, según los casos¹⁰; mientras que la segunda propone reducir el ámbito de aplica-

⁸ Un buen resumen del contraste entre las posiciones de Liszt y Stooss, nos ofrece H. Kammeier, *Massregelrecht*, Berlin 1996, pp. 1-11.

⁹ Amplia información en A.J. Sanz Morán, *Las medidas...*, cit. (nota 1), pp. 31 ss. y P. Ziffer, *Medidas de seguridad...*, cit. (nota 1), pp. 43 ss.

¹⁰ En relación a esta propuesta de extraer del sistema penal el tratamiento del sujeto inimputable, remitiéndolo a las correspondientes respuestas previstas en el derecho civil o en el administrativo, según los casos, nos hemos hecho eco —en A.J. Sanz Morán, *Las medidas...*, cit. (nota 1) pp. 42-44— de las importantes consideraciones aducidas por Stratenwerth a favor de la necesidad de mantener la naturaleza jurídico-penal de este instrumento: se trata de dar respuesta a un «delito», cuyos elementos deben ser

ción de las medidas a los casos de sujetos inimputables y someterlas a idénticas limitaciones que las que rigen la imposición de una pena, asimilándolas a éstas incluso en lo que a su dimensión temporal se refiere; es decir, penas y medidas sólo entrarían en juego con carácter alternativo, nunca de manera simultánea y estarían además sometidas a los mismos criterios de aplicación y límites¹¹.

Frente a estos diversos planteamientos nos hemos adherido, sin embargo, en precedentes contribuciones a la doctrina mayoritaria, que defiende la necesidad de conservar la separación entre penas y medidas. Es innegable la aproximación experimentada —sobre todo, por lo que se refiere a su ejecución— entre estas dos formas de respuesta al delito, dato en el que insisten los partidarios del denominado «nuevo monismo»; pero como ha destacado en la doctrina penal española Silva Sánchez (siguiendo, en parte, a Frisch), perviven significativas diferencias (en lo que se refiere a sus respectivos presupuestos y fines, el diverso sentido de la privación de libertad y del tratamiento en uno y otro caso y el diverso alcance que cobra el principio de proporcionalidad)¹². En último término —ha insistido en ello Frisch—, tras el problema de la relación entre penas y medidas se oculta la cuestión central de la forma de realización más adecuada de la prevención especial, por lo que habrá que plantear, frente a lo que sostienen las más recientes tesis monistas, si la realización de la prevención especial por la vía de las medidas no trae consigo ventajas que con la solución penal se perderían; o, expresado en otros términos, si la pena está en condiciones de asumir con carácter exclusivo todas las exigencias derivadas de la prevención especial¹³.

contrastados por la jurisdicción penal; y, entre ellos, deberá ser objeto específico de verificación la misma inimputabilidad del sujeto activo de la conducta punible —lo que no es siempre fácil—, a cuyos efectos, el proceso penal goza de los instrumentos más adecuados. Por otra parte, en cuanto tal respuesta al delito, la necesidad de prevención de nuevos delitos debe situarse en primer plano, lo que se consigue mejor con un medio de naturaleza específicamente penal. Véase G. Stratenwerth, *Strafrecht, AT I. Die Straftat*, 4. Aufl., Köln, 2000, pp. 25-26.

¹¹ Más información en A.J. Sanz Morán, *Las medidas...*, cit. (nota 1), pp. 36 ss.

¹² Véase J.M. Silva Sánchez, «La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)», en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 15-49 (pp. 30-32) y W. Frisch, «Die Massregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem», *ZStW* 102 (1990): 343-393 (pp. 357 ss.) Ulterior información en A.J. Sanz Morán, *Las medidas...*, cit. (nota 1), pp. 39 ss. Siguiendo en parte los planteamientos de Frisch, aboga también P. Ziffer, *Medidas de seguridad...*, cit. (nota 1), pp. 60 ss., por la necesidad de mantener penas y medidas como consecuencias jurídicas diferenciadas del hecho delictivo.

¹³ Véase W. Frisch, «Die Massregeln...», cit. (nota 12), pp. 363 y 387 ss.

3. Como apuntábamos al comienzo de esta contribución, el vigente Código Penal español de 1995 cabe adscribirlo a la corriente que hemos denominado «neo-monista» en el sentido indicado: penas y medidas entran en juego con carácter alternativo y están además sometidas a los mismos criterios de aplicación y límites.

Ciertamente, el punto de partida del modelo acogido por el legislador se encuentra en el contraste entre los conceptos de *culpabilidad* y *peligrosidad*, expresamente evocado en los artículos 5 y 6 del Código Penal, en cuanto fundamento respectivo de la pena y de las medidas. Pero ni siquiera este punto de partida se mantiene después de manera coherente. Y así vemos como, por ejemplo, la peligrosidad criminal del sujeto, fundamento de las medidas, es traída a colación también en cuanto criterio decisivo para la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 80 CP) o, en un caso muy particular, en orden al cómputo de plazos para la libertad condicional (artículo 78 CP en su redacción originaria¹⁴). Incluso un dato tan característico del positivismo criminológico que está en el origen de las medidas, como lo es la «habitualidad» se tomó en consideración a la hora de decidir la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 87 CP en su redacción originaria¹⁵), o la sustitución de una pena por otra (artículo 88 CP)¹⁶. Por otra parte, el distinto fundamento de penas y medidas debería traducirse en respuestas sancionadoras dotadas de un contenido diverso. Pero lo cierto es que si comparamos los respectivos catálogos, encontramos asombrosas coincidencias; especialmente, entre las penas privativas de derechos del artículo 39 CP y las medidas no privativas de libertad de los artículos 96 y 105 CP, con la salvedad que después se hará en relación a las modificaciones introducidas en estos últimos por la Ley Orgánica 7/2010, de 22 de junio.

Otra manifestación de esa tendencia «monista» que caracteriza a nuestro Código penal es el hecho de que penas y medidas entren en juego fundamentalmente de manera alternativa. Las penas se imponen a sujetos declarados responsables, mientras que las medidas afectan, ante todo, a sujetos calificados como inimputables y absueltos, en

¹⁴ En su redacción actual, que procede de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, desaparece, sin embargo, la anterior exigencia de atender a la peligrosidad criminal del penado.

¹⁵ También en este caso, otra de las reformas del Código Penal, la introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ha suprimido la anterior exigencia de «que no se trate de reos habituales».

¹⁶ En este caso, pese a las modificaciones introducidas en la redacción del precepto por las Leyes Orgánicas 15/2003, de 25 de noviembre y 5/2010, de 22 de junio, se conserva la originaria exigencia de que no se trate de reos habituales.

cuanto tales, del delito cometido. Sólo en el caso de los denominados «semi-imputables» (es decir, cuando se aprecia la denominada eximente incompleta del artículo 21.1 CP, en conexión con alguno de los tres primeros números del artículo 20 CP) pueden venir en consideración tanto una pena (aminorada), como una medida de seguridad. Pero la variante concreta de «modelo vicarial» o sustitutivo acogida en este caso por el legislador español (artículo 99 CP), comporta la imputación total de la duración de la medida —a cumplir, además, en primer lugar— a la de la pena impuesta, impidiendo así la acumulación de respuestas jurídicas que diera pie al denunciado «fraude de etiquetas», en exitosa expresión de Kohlrausch¹⁷. Ciertamente, esta renuncia a la imposición de medidas, junto a la pena, a sujetos plenamente responsables, debe ser objeto de matización. Así, por una parte, la jurisprudencia viene admitiendo sin problemas (recurriendo a la analogía *in bonam partem*) la imposición de medidas terapéuticas añadidas a la pena en los casos de apreciación de la circunstancias atenuantes de drogadicción o analógica (respectivamente, 2.ª y 7.ª del artículo 21 CP), observándose en su ejecución el modelo vicarial del artículo 99 CP. Por otra parte, ya antes de la reforma de 2010 a la que después aludiremos, contemplaba nuestro sistema legal la imposición conjunta de penas y medidas (no privativas de libertad) para sujetos plenamente responsables allí donde prevé, como pena accesoria, la convencionalmente denominada de «alejamiento» (prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima), que materialmente es una auténtica medida de seguridad. Y, finalmente, conviene recordar que muchas de las inhabilitaciones, suspensiones o restricciones de derechos impuestas *además* de la pena, tienen inequívocamente consideración de medidas en el derecho comparado.

En cualquier caso, la limitación legal de las medidas a los sujetos inimputables o semiimputables, con las salvedades indicadas, supone la renuncia a esta técnica para uno de los supuestos más característicos del recurso a la misma, tal y como ponen de manifiesto la historia y el derecho comparado: el de los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad media o grave, lo que fue calificado, muy tempranamente, por Cerezo Mir, como «uno de los mayores defectos del nuevo Código penal, desde el punto de vista político-criminal»¹⁸. Resulta sobradamente conocido cómo, hasta la reforma introducida en el Código Pe-

¹⁷ Véase E. Kohlrausch, «Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand», *ZStW* 44 (1924): 21-34. En la p. 33 aparece la mencionada expresión (*Etikettenschwindel*) que el mismo Kohlrausch atribuye, sin embargo, al Fiscal Schwandner.

¹⁸ Véase J. Cerezo Mir, «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código penal de 1995 (I)», *La Ley*, 21 de junio de 1996.

nal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el tratamiento del delincuente habitual peligroso se llevaba a cabo exclusivamente mediante mecanismos que incidían en la determinación de la pena o en su ejecución. Pero del contraste entre monismo y dualismo en la respuesta a este problema central de la más reciente política criminal ya nos hemos ocupado por extenso en distintas contribuciones¹⁹, por lo que obviamos aquí su consideración más detenida, que nos llevaría además a invadir el ámbito propio de otra de las ponencias presentadas a estas Jornadas.

De manera especialmente nítida se manifiesta, por fin, la tendencia «neo-monista» que caracteriza a nuestro Código Penal en el modo en que se concreta el alcance del principio de proporcionalidad de las medidas. Ya en su mismo Título Preliminar leemos (artículo 6.2 CP), que «las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido...», principio ulteriormente concretado en el apartado 2 del artículo 95 CP, que circunscribe la posible imposición de medidas privativas de libertad a aquellos casos en los que «la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido» sea también privativa de libertad y, especialmente, en los artículos 101 a 103 CP, que limitan el posible internamiento del sujeto en función de lo que «habría durado la pena privativa de libertad si hubiera sido declarado responsable el sujeto». No podemos entrar a analizar ahora cuál es el origen próximo de este criterio acogido por el legislador, las críticas que frente al mismo se han opuesto, ni los problemas interpretativos que suscita su plasmación²⁰. Baste recordar que, además de propiciar la confusión entre penas y medidas, obliga en ocasiones a calificaciones jurídicas paradójicas²¹, comporta en muchos

¹⁹ Véase A.J. Sanz Morán, «De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso», en Bueno Arús / Kury / Rodríguez Ramos / Zaffaroni (dirs.), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid: Dykinson, 2006, pp. 1085-1101; «El tratamiento del delincuente habitual», en Arangüena Fanego / Sanz Morán (coords.), *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Valladolid, 2008, pp. 115-131; «El tratamiento del delincuente habitual», en R. Carnevali Rodríguez, *Cuestiones de política criminal en los tiempos actuales*, Santiago de Chile, 2009, pp. 199-219; «La reincidencia y la habitualidad», en Álvarez García, F.J. (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia, 2009, pp. 61-77.

²⁰ Amplia información en A.J. Sanz Morán, *Las medidas...*, cit. (nota 1), pp. 175 ss.

²¹ Baste mencionar la admisión jurisprudencial de la concurrencia de alevosía o ensañamiento en la muerte causada por un inimputable, a los solos efectos de poder fijar un límite más elevado al correspondiente internamiento en el centro psiquiátrico. Véase, por ejemplo, Acuerdo de Sala de 26 de mayo de 2000 y SSTS de 29 de septiembre de 2000, 9 de octubre de 2000; 27 de febrero de 2001 y 12 de septiembre de 2003, entre otras muchas.

supuestos un serio obstáculo para la aplicación de los programas terapéuticos indicados en cada caso, lo que acentúa el carácter meramente «asegurativo» (y no «corrector», como debiera procurar) de la medida privativa de libertad y plantea el problema de la persistencia de peligrosidad criminal en el sujeto una vez extinguida la medida, debiendo cuestionarse seriamente la solución que, para tal supuesto, ofreció primero un sector de la doctrina y después (en la redacción dada al artículo 104 CP por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre) el mismo legislador: acudir al internamiento civil de enfermos mentales²²

4. Como ya hemos anticipado, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio provocó una primera quiebra en este modelo «neo-monista» que inspira a nuestro Código penal, al introducir una medida (la denominada «libertad vigilada») que, en algún supuesto, se acumula a la pena impuesta a sujetos plenamente responsables, pasando a cumplirse después de ésta. La Exposición de Motivos de esta Ley justifica la nueva medida indicando que ante la insuficiencia de la pena, «en determinados supuestos de especial gravedad (...) para excluir un elevado riesgo de reincidencia», la opción inocuidadora a través de la prolongación de la privación de libertad chocaría «con principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara», por lo que se estima más adecuada responder a la «peligrosidad persistente del sujeto» por medio de una «medida de seguridad» que, en todo caso, no sólo persigue la protección de las víctimas, sino también «la rehabilitación y reinserción social del delincuente». Y tras exponer los rasgos fundamentales de la regulación de esta medida, reconoce la «novedad sustancial» que supone su posible aplicación no sólo en los supuestos de inimputabilidad o semiimputabilidad, «sino también cuando la peligrosidad deriva del

²² Hemos venido insistiendo (en las contribuciones citadas en las notas 1 y 19) en lo problemática que resulta esta comprensión de los internamientos civil y penal como «intercambiables». En primer lugar, por la posible inconstitucionalidad del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (donde se regula el internamiento del incapaz) aprobado por ley ordinaria, pese a referirse a aspectos sustantivos de la privación de libertad por razón de trastorno psíquico. En segundo lugar, porque el internamiento civil se nos ofrece como una técnica esencialmente tutelar, a la que resulta ajena la función de control de la peligrosidad criminal del sujeto. Asume, además el mencionado internamiento, un carácter fundamentalmente terapéutico, lo que se traduce, entre otros datos, en que es el propio médico quien lo da por finalizado, informando de ello al juez. Y, finalmente, tiene carácter indeterminado, por lo que la sustitución de un internamiento (el penal), por otro (el civil), de duración indeterminada y donde el papel del juez se subordina al criterio médico, suscita la duda de en qué medida nos encontramos aquí ante un nuevo «fraude de etiquetas», como denunciara, muy pronto, J.M. Silva Sánchez, «La regulación...», cit (nota 12), p. 40.

específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa». Y ello sucede en dos supuestos concretos: delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (artículo 192.1 CP) y delitos de terrorismo (artículo 579.3 CP).

No podemos, obviamente, ocuparnos aquí con el estudio de la regulación de esta medida²³. Conviene, no obstante, dejar constancia de que, con ella, no se produce un cambio significativo en la respuesta frente al delincuente contumaz, que sigue abordándose, fundamentalmente, a través de la intensificación de la respuesta estrictamente penal. Y ello, pese a las afirmaciones recogidas en la Exposición de Motivos y que acabamos de transcribir. En efecto, esta Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, mantiene inalterada la situación anterior en lo que se refiere a límites máximos de cumplimiento de penas, de carácter «efectivo» cuando concurren los presupuestos del artículo 78 CP; no modificándose tampoco las previsiones relativas a la exasperación de la pena en los casos de multirreincidencia, ni removiéndose los obstáculos para el acceso al régimen abierto y a la libertad condicional. Así pues, esta ley no introduce, en último término, modificación alguna en relación al amplio elenco de reformas acaecidas en el año 2003, de marcado carácter defensivo y que han merecido una valoración crítica generalizada por parte de la doctrina²⁴. Más aún, la introducción de la novedosa medida de «libertad vigilada» tampoco vino acompañada de reformas significativas de la regulación de las medidas, pese a que el régimen legal vigente en este campo había merecido también serias objeciones²⁵.

²³ Permítasenos remitir a A.J. Sanz Morán, «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político criminal», en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, 2011, pp. 997-1028. Publicado también en Rebollo Vargas / Tenorio Tagle (dirs.), *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, Barcelona, 2013, pp. 483-515. Una versión ligeramente modificada apareció, con el mismo título, en el primer número de la revista electrónica *Libertas*.

²⁴ Como atinadamente señala B. Feijoo Sánchez, «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», en J. Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Navarra, 2011, pp. 212-239 (pp. 236-237): «Convive en el mismo código un modelo político-criminal monista que pretende combatir la peligrosidad criminal sólo mediante la exasperación de penas con otro nuevo modelo dualista que opta por una combinación entre pena y medidas para suplir las “carencias” de la pena desde una perspectiva estrictamente preventivo-especial».

²⁵ Nos hemos ocupado de estas mínimas reformas del año 2010 en la regulación de las medidas en: A.J. Sanz Morán, «Medidas de seguridad: régimen general», en Álvarez García / González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, pp. 139-145.

Por otra parte, cuando la medida de libertad vigilada se prevé para su imposición, junto a la pena, a sujetos plenamente responsables, en los casos indicados más arriba, su imposición se desvincula por completo de los criterios generales que determinan la posible aplicación de una medida de seguridad, y que con carácter general establece el art. 95 CP. En concreto, dada la comisión de un delito contra la libertad sexual o de terrorismo, en los términos previstos en los artículos 192.1 y 579.3 CP, la imposición de la medida resulta preceptiva —con los matices que allí se establecen para los casos de delincuentes «primarios»—, al margen de cualquier consideración relativa a la existencia de reincidencia o habitualidad y, lo que es más significativo, de cualquier pronóstico de peligrosidad criminal. Expresado en otros términos: las previsiones de los reiterados artículos 192.1 y 579.3 CP contienen una inadmisibles presunción de peligrosidad criminal, que lastra decisivamente esta novedad legislativa.

5. Si en la reforma penal de 2010, apenas se produjeron modificaciones de calado en el régimen legal de las medidas de seguridad, salvo lo apuntado en el apartado anterior en relación a la nueva medida de libertad vigilada, el Proyecto de reforma que ahora nos ocupa supone, por el contrario, una inflexión decisiva en el régimen legal todavía vigente. Veámoslo con algún detenimiento.

Debemos comenzar con una consideración de carácter sistemático. Pese a las diversas modificaciones sufridas desde la entrada en vigor del Código penal vigente, el Título IV de su Libro I («De las medidas de seguridad») ha mantenido una división en capítulos y secciones, cuyas rúbricas ya no se corresponden completamente con el contenido. Esto se veía acentuado en los Anteproyectos que están en la base del Proyecto que nos ocupa, que no hacían referencia alguna a la supresión o modificación de esta división interna del contenido del Título y sus correspondientes rúbricas las cuales, en mayor medida aún que en el texto todavía vigente, carecían de cualquier relación con lo allí regulado. Se trataba, sin duda, de un (reiterado) olvido del «prelegislador» que, finalmente, ha sido corregido en el texto presentado en el Congreso, cuyo artículo único, apartados sexagésimo y sexagésimo octavo dividen la materia contenida en el Título como sigue: el Capítulo I («De las medidas de seguridad en general») abarca ahora los nuevos artículos 95 a 97 y el Capítulo II («De la aplicación de las medidas de seguridad») se divide en dos secciones: «De las medidas privativas de libertad», que pasa a comprender los artículos 98 a 103 bis y «De las medidas no privativas de libertad», que abarca los artículos 104 a 108, siempre del texto proyectado.

Como hemos dicho, uno de las pretensiones de la reforma de las medidas es la de separar claramente su fundamento y criterios y límites de su imposición de los de la pena. En coherencia con ello, se modifica el artículo 6 CP, de cuyo apartado 2 desaparece la actual previsión de que «las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al delito cometido». Y, de modo coherente, desaparece también del artículo 95 la actual restricción en cuya virtud sólo cabe imponer una medida de seguridad privativa de libertad cuando también tiene esta carácter la pena prevista en la ley para el delito cometido, así como las actuales limitaciones de los artículos 101 a 104 por los que la medida «no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si hubiera sido declarado responsable el sujeto» (supuestos de inimputabilidad) o de «la de la pena prevista en el Código para el delito» (en el caso de los semiimputables). En lugar de ello, se apela en el texto proyectado a la necesidad en abstracto de la medida (y a la subsidiariedad de las más gravosas) y a su proporcionalidad en el caso concreto. Lo primero, a través del nuevo número 3 del apartado primero del artículo 95 («que la imposición de la medida resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto») y del nuevo artículo 97 que habla de imponer la medida menos grave, cuando existan varias igualmente adecuadas y baste con una de ellas para prevenir la peligrosidad del sujeto, mientras que «podrán ser impuestas conjuntamente» si resultan todas ellas necesarias para prevenir de modo suficiente dicha peligrosidad. En cuanto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, límite fundamental de las medidas, aparece formulado en el nuevo apartado segundo del artículo 95 en estos términos (sustancialmente coincidentes con los que utiliza el Código Penal alemán): «La medida de seguridad que se imponga deberá ser proporcionada a la gravedad del delito cometido y de aquellos que se prevea que pudiera llegar a cometer, así como a la peligrosidad del sujeto».

Ahora bien, aunque la fórmula que acabamos de reproducir viene a coincidir con las propuestas en otros textos legales, la concreción del principio de necesidad de la medida se presta a algún reparo. Cabría llevar el contenido del proyectado artículo 97 al artículo 95, donde se encuentran recogidos los principios informadores en materia de medidas y suprimir de éste la previsión del número 3 del apartado 1, antes transcrita, por superflua y de redacción confundente: que la peligrosidad es fundamento de la medida ya lo ha expresado el número anterior y hablar de «compensación» de la peligrosidad parece asignar a las medidas una función cuasi retributiva, paralela a la de la pena, donde sí cabe hablar de «compensación» de la culpabilidad.

En cuanto al catálogo de las medidas de seguridad del artículo 96, se altera, sin explicación razonable el orden de los internamientos en centro de deshabitación y en centro educativo especial y el texto finalmente presentado suprime toda referencia a la custodia de seguridad que, como indicábamos más arriba, seguía recogiendo el número 4 del apartado 2 de este artículo, en la versión del Anteproyecto de 3 de abril de 2013. Como medidas no privativas de libertad se recogen sólo las tres siguientes: la libertad vigilada; la «inhabilitación profesional» (que pasa a denominarse «prohibición de ejercicio de actividad profesional») y la expulsión del territorio nacional de extranjeros, no añadiéndose ahora el dato de su residencia ilegal²⁶. En cuanto a la actual medida de «custodia familiar» pierde su autonomía, pasando a formar parte del contenido posible de la de libertad vigilada²⁷. Y otro tanto sucede con la «privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores» y la «privación del derecho a la tenencia y porte de armas» que, sin embargo, seguían previéndose con carácter autónomo en el artículo 96 en los dos Anteproyectos que están en la base de este Proyecto definitivo.

En cuanto a los criterios de imposición de las medidas, dado que son objeto de otra de las ponencias presentadas en estas jornadas, nos limitaremos aquí a una mínima referencia, siempre desde la perspectiva que nos sirve de hilo conductor: comprobar en qué medida se transita desde un modelo «neo-monista» a otro más marcadamente «dualista» de consecuencias jurídicas del delito. En esta dirección, cabe constatar una marcada distancia frente al derecho todavía vigente a la hora de fijar los límites máximos de duración de las correspondientes medidas privativas de libertad. Ya hemos dicho que se prescinde de tomar como referencia, a estos efectos, la pena prevista en la ley para el delito cometido, cambio de criterio que coincide con el sentir de un amplio sector de la doctrina. Lo que no parece, sin embargo, aceptable es

²⁶ Cuando la expulsión opera como sustitutivo de la pena de prisión (artículo 88 del Proyecto), se establece una importante matización para el caso de que el extranjero sea ciudadano miembro de un Estado de la Unión europea, reserva que, sin embargo, no aparecía en el supuesto de la expulsión como medida de seguridad alternativa en los Anteproyectos de octubre de 2012 y abril de 2013. El texto definitivamente remitido como Proyecto de Ley al Parlamento corrige, sin embargo, esta omisión (artículo 108)

²⁷ No sólo parece cuestionable esta pérdida de autonomía de la custodia familiar, sino que debería incluso plantearse si algunas de las cargas o condiciones que cabe imponer como contenido de la medida de libertad vigilada, como sucede con los tratamientos médicos ambulatorios o programas de deshabitación, pudieran preverse con carácter autónomo en este artículo 96.

sustituir dicho criterio por otro que puede comportar, en la práctica, la imposición de medidas ilimitadas temporalmente, como sucede en el texto propuesto.

En el caso de la medida de internamiento en centro psiquiátrico, el nuevo artículo 98, tras establecer en su número 3 que «no podrá tener una duración superior a cinco años», añade a continuación, «salvo que se acordare su prórroga». Y en caso de que el internamiento continúe siendo necesario «el Juez o Tribunal, a petición del Ministerio Fiscal, previa propuesta de la Junta de Tratamiento, podrá acordar, tras un procedimiento contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el sometido a la medida, asistido por su abogado,²⁸ la prolongación de la misma por períodos sucesivos de una duración máxima, cada uno de ellos, de cinco años²⁹». Y aquí ya no se establece límite alguno de prórrogas. En caso de que no sea necesario prorrogar el internamiento, cabrá todavía considerar la eventual imposición, como sustitutiva del mismo, de la medida de libertad vigilada, de nuevo sin señalar límite alguno a su duración. Y estos mismos criterios los extiende el artículo 99 a la medida de internamiento en centro educativo especial, lo que lleva al absurdo de que alguien pueda estar sometido de por vida, en virtud del mecanismo de las sucesivas prórrogas, a tratamiento educativo.

El problema se presenta en términos diversos cuando se trata de la medida de internamiento en un centro de deshabitación, que «no podrá, por regla general, tener una duración superior a dos años». Esta previsión del proyectado artículo 100 resulta acertada, en cuanto que toma en consideración criterios médicos sobre el plazo máximo razonable de los tratamientos de deshabitación. Sin embargo, añade a continuación el precepto, que este período «podrá prorrogarse hasta el límite constituido por la duración de la pena de prisión que hubiera sido impuesta o un máximo de cinco años, cuando no se hubiera impuesto ninguna pena», lo que en modo alguno aparece justificado. Cinco años de tratamiento deshabitador carecen de sentido y la referencia a la duración de la pena impuesta nos retrotrae al modelo de determina-

²⁸ Conviene destacar las mejoras introducidas en la segunda versión del Anteproyecto (y que han pasado al texto definitivo), pues originariamente la propuesta de prórroga corría a cargo de la Junta de tratamiento y el Juez o Tribunal decidían al respecto, sin intervención del Ministerio Fiscal (que es ahora, como hemos visto, quien eleva la petición), ni del sometido a la medida.

²⁹ El Proyecto final introduce aquí una modificación significativa, pues en los Anteproyectos que están en su base se hablaba de prolongación del internamiento «por períodos sucesivos de cinco años»; con la redacción final, la prórroga, obviamente, puede serlo por un período menor.

ción de la proporcionalidad de la medida que el Anteproyecto dice haber abandonado.

El artículo 101 en la versión del Anteproyecto se ocupa con el supuesto en el que se impongan conjuntamente penas y medidas de seguridad. Dejando ahora de lado las previsiones relativas a la libertad vigilada (número 3), de las que se ocupa otra ponencia, el contenido de este precepto se corresponde con el del actual artículo 99 CP, pero con alguna importante diferencia que apunta en la proyectada superación del «neo-monismo». Se confirman, en términos generales, las previsiones del actual modelo «vicarial» en el sentido de que la medida se cumplirá antes de la pena y su duración se imputa a la de la pena impuesta pudiendo el Juez o Tribunal suspender la ejecución del resto de pena «si con ella se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la ejecución de la medida». Pero ahora la imputación de la duración de la medida a la de la pena no es total, sino sólo «hasta el límite de las tres cuartas partes de la duración de la misma» (número 1) y en lo que se refiere a la suspensión de la ejecución del resto de pena por cumplir, encontramos una cuestionable remisión a las previsiones del nuevo régimen legal de la libertad condicional (número 2), en el que no podemos detenernos ahora. Se añade además la previsión (número 4) de que si han transcurrido «más de dos años desde la firmeza de la resolución en la que se hubiera impuesto» una medida de internamiento en centro psiquiátrico en centro educativo especial, «éste se condicionará a la verificación por el Juez o Tribunal de la concurrencia de los presupuestos que hacen necesaria la medida».

Pero la innovación más significada en este contexto —junto a esa imputación sólo parcial de la duración de la medida a que hemos aludido antes— la encontramos en el número 2 de este artículo, que altera el orden de cumplimiento en caso de que concurra una pena privativa de libertad de más de cinco años de prisión y la medida de internamiento en centro de deshabitación. Podrá, en tal caso, acordarse el cumplimiento en primer lugar de una parte de la pena y seguidamente de la medida de seguridad: «En este caso, la parte de la pena que deba ser cumplida en primer lugar se fijará de modo tal que, sumado el tiempo de duración de la medida de seguridad, se hayan extinguido dos terceras partes de la pena total impuesta. Una vez alzada la medida, el Juez o Tribunal podrán acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional», en los términos indicados. Se trata de una previsión claramente inspirada en el Código penal alemán que cobra el significado de otorgar preferencia a las exigencias de la prevención general sobre la especial, cuando la

pena impuesta tiene una determinada magnitud³⁰. Por lo demás, en el texto proyectado, al igual que sucede en el Código penal vigente, no se encuentra previsión alguna para aquellos supuestos en los que las penas o medidas concurrentes no comporten privación de libertad.

Dejando de lado —siempre en la idea de no interferir en el contenido de otras ponencias— la regulación relativa a las incidencias en la ejecución de las medidas, mencionemos sólo, por su interés desde la perspectiva del contraste monismo/dualismo que nos sirve de hilo conductor, la novedosa disposición del apartado 2 del artículo 107 del Proyecto, que se ocupa con la medida de «inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo», donde leemos que esta medida «tendrá el contenido expresado en los artículos 42, 44 o 45 del Código Penal», que regulan las penas privativas de derechos correlativas, lo que echa por tierra el pretendido «dualismo» del Proyecto. En efecto, un «dualismo» correctamente entendido debería evitar la previsión, tanto en el catálogo de las penas, como en el de las medidas, de formas de respuesta con idéntico contenido y finalidad.

Y sin entrar tampoco, por la reiterada razón del respeto a otros ponentes, en el estudio de las modificaciones introducidas en la regulación de la medida de libertad vigilada, mencionemos sólo, por su interés desde la perspectiva aquí adoptada, la previsión del número 4 del artículo 106 del Proyecto, que se refiere al supuesto en el que, estando pendiente de cumplir una medida de libertad vigilada, «se acordara la suspensión de una pena de prisión o se concediera al penado la libertad condicional», estableciendo que se incluyan entonces en el contenido de la libertad vigilada «las obligaciones y condiciones de que se hubiere hecho depender la suspensión o la libertad condicional», con la consecuencia de la revocación de dicha suspensión de la ejecución de la pena o libertad condicional, en caso de «incumplimiento grave de la libertad vigilada». Esta previsión viene, de nuevo, a contradecir, el pretendido «dualismo» del Anteproyecto, en el sentido de pretender una clara separación de penas y medidas, en cuanto a su fundamento y contenido (y a los presupuestos y límites de su imposición). Baste recor-

³⁰ En la Memoria de 18 de septiembre de 2013, que acompaña al Proyecto, se encuentra esta explicación a la previsión que comentamos: «a la vista de la amplia regulación de la suspensión de condena en estos casos (para penas de hasta cinco años), se quería abrir una segunda posibilidad para los casos en los que el Juez o Tribunal ya hubiera renunciado a la suspensión; pero fuera conveniente abrir al penado expresamente la perspectiva de abandonar la prisión para incorporarse a un centro de deshabituación con la posibilidad de obtener —en caso de éxito en el tratamiento— la suspensión de la ejecución de la pena pendiente».

dar que tanto la suspensión condicional de la pena, como la libertad condicional tienen como presupuesto fundamental la falta de peligrosidad (en cuanto pronóstico de futura comisión de delitos) del penado; justo lo contrario que sucede en el caso de la libertad vigilada que, como cualquier otra medida, tiene su fundamento inexcusable precisamente en la existencia de dicha peligrosidad³¹.

6. Hasta aquí este rápido repaso de las novedades más significativas que, en el ámbito de las medidas de seguridad introduce este Proyecto de reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013, procurando comprobar en qué medida se produce con él la pretendida superación del monismo, a que alude su Exposición de Motivos³². Ahora bien, conviene insistir en que una consecuente respuesta «dualista» (en el sentido que utiliza esta expresión el «prelegislador»), que combine pena ajustada a la culpabilidad con medidas complementarias dirigidas a controlar la peligrosidad criminal del sujeto, tendría que pasar por una adecuada depuración conceptual del contenido de una y otra consecuencia jurídica del delito, evitando que, por ejemplo, mecanismos como las inhabilitaciones, privaciones de licencia o prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima, de carácter marcadamente preventivo-individual y dirigidos a la evitación de nuevos delitos, aparezcan simultáneamente recogidos en el catálogo de las penas y en el de las medidas, sometidos a distintos presupuestos de imposición. Y, en particular, si pretendemos que la peligrosidad criminal se combata ex-

³¹ Ya el Informe del Consejo Fiscal al primero de los Anteproyectos que están en el origen de este Proyecto que nos ocupa denuncia una contradicción entre el fundamento de la suspensión, expresado en el artículo 80 del Anteproyecto en términos de ausencia de peligrosidad y el catálogo de cargas previsto en el artículo 83, dirigidas todas ellas a combatir la peligrosidad. Prueba de ello es que dichas cargas coinciden sustancialmente con algunas de las que forman parte del contenido de la medida de libertad vigilada —y de ahí la previsión del legislador a la que nos referimos en el texto—, inequívocamente dirigida al control de la peligrosidad del sujeto, incluso una vez cumplida la pena impuesta, lo que agudiza la contradicción denunciada por la Fiscalía.

³² También algunas de las modificaciones proyectadas en la parte especial del Proyecto se mueven en la dirección contraria a esta pretendida superación del monismo. Baste recordar el recurso, en el ámbito de los delitos patrimoniales a la configuración de modalidades cualificadas sobre la base de la «profesionalidad» del sujeto activo. Dejando ahora de lado otros problemas, esta solución contradice la anunciada apuesta por un modelo dualista coherente de respuesta al delito, pues la «profesionalidad», como la «habitualidad» evocan ante todo la existencia de una situación de «peligrosidad criminal» (constituyen el paradigma de los «estados peligrosos» desde el positivismo criminológico de finales del siglo XIX en Italia), que debe ser controlada por la vía de las medidas de seguridad, y no la de incrementar la pena más allá de lo que exigen el contenido de injusto y culpabilidad del hecho realizado.

clusivamente a través de medidas específicas, no se entiende que no se proceda a una sensible disminución de la intensidad de las penas, cuya exasperación en las reformas del año 2003, a las que aludíamos más arriba, vino motivada por la necesidad de salir al paso de la peligrosidad de determinados delincuentes. Por el contrario, el Proyecto que comentamos no sólo mantiene intactos los indicados mecanismos de obstaculización del acceso al régimen abierto o a la libertad condicional o el elevadísimo límite máximo de cumplimiento de cuarenta años de prisión, sino que introduce la pena de prisión permanente revisable, concedida fundamentalmente como una forma de respuesta a la peligrosidad puesta de manifiesto en la comisión de determinados delitos³³.

Por otra parte, la introducción de la custodia de seguridad iba acompañada, en la primera versión del Anteproyecto, de 11 de octubre de 2012, de la supresión de la exasperación de la pena a multirreincidentes, de acuerdo con las previsiones del artículo 66 CP. Sin embargo, al desaparecer ahora esta medida, se mantienen la actual redacción de la regla quinta del apartado primero de este artículo 66³⁴. Cabe traer a colación, a este respecto, las palabras recogidas en la Exposición de Motivos del aquel Anteproyecto, en el sentido de que agravar la pena por razones de peligrosidad «resulta difícilmente compatible con el principio de culpabilidad». Apenas puede concebirse un cambio de política criminal tan radical en el transcurso de unos pocos meses. De ahí que sorprenda leer reiteradamente, en la Memoria de impacto normativo de 18 de septiembre de 2013, que acompaña al Proyecto, que uno de los objetivos centrales de éste es el de «ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia». Dicha respuesta sigue pasando por incre-

³³ Planteaba, en efecto, hace ya algunos años, el Profesor A. Torío López, «Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio, asesinato)», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, Bilbao, 1985, pp. 77-114, si no estaremos con la prisión perpetua no ante una pena, sino ante una medida de seguridad; pero «una medida que no radica en un pronóstico individualizado de peligrosidad, sino en la peligrosidad deducida de la ejecución del hecho, contiene una presunción tan inadmisibile como las deducciones de culpabilidad» (p. 97).

³⁴ Conviene recordar que esta agravación de la pena al multirreincidente desapareció del anterior Código Penal con la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, en cuya Exposición de Motivos encontramos estas esclarecedoras palabras: «La exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio *non bis in idem*, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura delictiva, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho».

mentos de pena que la Exposición de Motivos de la primera versión del Anteproyecto calificaba, con razón, de «difícilmente compatibles con el principio de culpabilidad».

En resumen, y de acuerdo con la expresiva caracterización de Kunz, penas y medidas terminan comportándose como «partes ampliamente intercambiables y funcionalmente complementarias de una estrategia unitaria de control de delincuentes peligrosos»³⁵, lo que contradice las exigencias de un modelo dualista correctamente entendido. Considera, en efecto el legislador, que los autores de determinados delitos son singularmente peligrosos y frente a ellos sólo cabe como respuesta la inocuización. De ahí que sea necesario conectar —y así lo hace la Exposición de Motivos— la incorporación de la prisión perpetua con la modificación del sistema de medidas, pues es en el contexto del debate monismo/dualismo donde se decide el problema político criminal del adecuado tratamiento del delincuente habitual peligroso de criminalidad media o grave.

7. No puede cerrarse este análisis de la proyectada regulación de las medidas sin una reflexión final referida a los ineludibles complementos legislativos que comporta, y de los que no habla el Proyecto. Todo lo concerniente al régimen de ejecución de las medidas impuestas, y en particular las que comportan privación de libertad, debe preverse, de manera detallada, en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en su Reglamento, necesitados en este punto de profundas reformas, dada la casi absoluta inexistencia actual de previsiones al respecto. Habrá, por tanto, que dar paso a lo que sería una especie de *Massnahmenvollzugsrecht* («derecho de ejecución de medidas»). También faltan en el actual (así como en el proyectado) derecho de ejecución de penas y medidas previsiones adecuadas para la ejecución de las medidas no privativas de libertad, lo cual es particularmente sensible en el contexto de la libertad vigilada, cuyo ámbito de aplicación amplía tan notoriamente el Proyecto. Y ello requiere, obviamente, de la adecuada dotación presupuestaria³⁶. Como

³⁵ Véase K.-L. Kunz, «‘Gefährliche’ Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung», en *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für A. Eser zum 70. Geburtstag*, München, 2005, pp. 1375-1392 (p. 1378).

³⁶ La Memoria que acompaña al Proyecto, de 18 de septiembre de 2013, indica que «no es previsible que la modificación del sistema de medidas de seguridad determine un impacto económico apreciable». Y en el caso concreto de la libertad vigilada, aún reconociendo «que la implantación de este sistema supondrá un coste real para la administración penitenciaria», espera «que éste se vea ampliamente compensado por la mayor eficacia que esta medida tenga en la prevención de la comisión de nuevos delitos». Y añade que «se reducirán los costes originados por la multirreincidencia», pese a que ésta no es condición, en absoluto, de la imposición de la libertad vigilada.

lo expresó de forma unánime la doctrina, con motivo de la introducción de la medida de libertad vigilada, en el año 2010, el éxito de la misma depende fundamentalmente del esfuerzo económico que se despliegue para cubrir las exigencias materiales y personales que requiere una adecuada función de vigilancia. De ahí que se criticara, con idéntica unanimidad, el no haber aprovechado la reforma para introducir en nuestro sistema legal una institución equivalente a la del *probation service* del ámbito jurídico anglosajón, con funcionarios especializados. Cabe recordar, a este respecto, la reciente sentencia del TEDH, de 18 de septiembre de 2012 (caso J., W. y L. contra el Reino Unido), que entiende infringido al artículo 5 del Convenio, porque la Ley que introdujo la condena indeterminada por razón de protección pública no incluyó previsiones realistas de los recursos necesarios para ponerla en práctica, garantizando la posible resocialización de los condenados.

Y resulta también necesario modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en tanto se apruebe una nueva, como parece que se pretende) de modo que se contemple la posibilidad de sustituir la prisión provisional, allí donde venga en consideración, por alguna de las medidas de corrección y de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal, cuando ello resulte adecuado a la situación del imputado, dada la posible existencia de una causa de inimputabilidad. Y, con un alcance más general, habrá que abordar la configuración de un «status» procesal específico del enfermo mental, valorando la posibilidad de finalización anticipada del procedimiento. Y deberán modificarse radicalmente las previsiones actuales para la inimputabilidad sobrevinida durante la tramitación de la causa (artículos 381 a 383 LECrim.) o mientras se cumple la pena impuesta (actual artículo 60 CP), para hacerlos compatibles tanto con la regulación vigente, como con la proyectada. Excede, sin embargo, al objetivo de esta ponencia ocuparse con estas ineludibles reformas procesales y de ejecución de medidas.

Medidas de seguridad: presupuestos de su aplicación. Nuevas medidas de seguridad «adlictuales». Acumulación de penas y medidas. Problemas de la ejecución

Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Abogado. Profesor de Derecho Penal. Universidad de Deusto

I. Fundamento y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad

1. Hasta la Ley Orgánica 5/2010

Se pueden definir las medidas de seguridad como «un mecanismo jurídico-penal de respuesta al delito, complementario de la pena, aplicado conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, en atención a la peligrosidad criminal del sujeto, con finalidad correctora o asegurativa» (Sanz Morán 2003).

En el Derecho penal español se regulan las medidas de seguridad en el Código penal, en los artículos 6 y 95 a 108, conforme a la regulación dada por la LO 15/2003 y, más recientemente, por la LO 5/2010, de 22 de junio, además de alguna referencia en la legislación penitenciaria (artículos 1, 8 y 11 LOGP y 182-184 RP) y en normativa de rango reglamentario (Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas).

La pena se impone por la realización de un hecho delictivo cuando la persona sea imputable —o de forma disminuida cuando exista una afección no total a la imputabilidad—, aun cuando no exista necesidad de prevención individual de futuros delitos.

Por el contrario, la medida de seguridad es la consecuencia jurídica aplicable (arts. 101 a 103 CP) a la persona autora de un delito

en quien se aprecie una causa de inimputabilidad (anomalía o alteración psíquica grave, intoxicación plena o síndrome de abstinencia y alteraciones en la percepción desde la infancia) o una imputabilidad disminuida (art. 104 CP; eximente incompleta o, por analogía, atenuante relativa a las causas anteriores) y siempre que se aprecie peligrosidad criminal (art. 6.1 CP) (pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos, art. 95.1.2.º CP).

Consecuentemente, su imposición y ejecución estará sometida a un doble límite: la necesidad (proporcionalidad) con la finalidad de contrarrestar la peligrosidad criminal, lo que implica que no se impondrá o se seguirá ejecutando la medida de seguridad desde el momento en que deje de ser necesaria la prevención¹, y un límite máximo de proporcionalidad de la restricción de derechos de la medida con la gravedad del hecho, por lo que no se impondrán medidas desproporcionadas a la gravedad del delito (art. 6.2 CP; con concreciones en los art. 95.2.º, 99 y 101 a 104 CP).

Las medidas de seguridad previstas en la legislación penal, hasta la reforma operada por la LO 5/2010 (BOE 23 de junio de 2010), que entró en vigor en diciembre de 2010, eran:

— **Medidas de seguridad privativas de libertad (art. 96.2):**

- Internamiento en centro psiquiátrico (art. 101 y 104).
- Internamiento en centro de deshabitación (art. 102 y 104).
- Internamiento en centro educativo especial (art. 103 y 104).

— **Medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 96.3):**

- De carácter corrector:
 - Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario.
 - Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, de educación sexual y otros similares.

¹ No obstante, no es infrecuente encontrarse en resoluciones judiciales con que se fije un tiempo determinado de duración a una medida de seguridad, por ejemplo de internamiento psiquiátrico o tratamiento ambulatorio, cuando por su naturaleza sólo pueden tener un límite de duración máximo, pero nunca mínimo ni determinado. La consecución del fin preventivo de la medida de seguridad durante su ejecución debe siempre dar lugar a su cese antes de que se llegue al límite máximo.

Tampoco es infrecuente que se sigan ejecutando medidas de seguridad, a pesar del criterio contrario de los facultativos que atienden al sometido a medida, por razones retributivas o preventivo general positivas más o menos explícitas.

- De carácter asegurativo o de control:
 - Inhabilitación profesional.
 - Expulsión del territorio nacional.
 - Obligación de residir en un lugar determinado.
 - Prohibición de residir en un lugar o territorio.
 - Privación del derecho a conducir.
 - Privación del derecho a tenencia y porte de armas.
 - Prohibición de aproximarse a la víctima.
 - Prohibición de comunicarse con la víctima.
 - De carácter mixto:
 - Custodia familiar.
 - Prohibición de acudir a determinados lugares, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.
- **Medidas complementarias de la medida privativa de libertad (art. 105):**
- Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario.
 - Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, de educación sexual y otros similares.
 - Obligación de residir en un lugar determinado.
 - Prohibición de residir.
 - Prohibición de acudir a determinados lugares.
 - Custodia familiar.
 - Prohibición de aproximarse a la víctima o de comunicarse.
 - Privación del derecho a conducir.
 - Privación del derecho a tenencia y porte de armas.

Aunque la medida de seguridad, como técnica de respuesta al delito, ha sufrido una profunda crisis, ligada a la crisis de la resocialización y en general de la prevención especial, la mayoría de la doctrina española y extranjera entiende que tanto la prevención especial como las medidas de seguridad son irrenunciables (sobre medidas de seguridad en el Derecho Comparado véase Frisch 2007), principalmente en la medida en que introducen humanidad y racionalidad en el sistema penal, siempre y cuando se respeten los derechos de la persona y los principios de igualdad y dignidad, así como porque lo exige el art. 25.2 CE (véase Sanz Morán 2003). No obstante, el PRCP 2013 no profundiza en la aplicación de las medidas desde esta perspectiva humanista y racional, sino más bien desde la exacerbación general de la

función inocuidadora, tanto para las penas como para las medidas de seguridad.

Es cierto que los sistemas dualistas, en los que conviven penas y medidas de seguridad, presentan tensiones y contradicciones internas. Al respecto se han planteado dudas en cuanto a la compatibilidad de penas y medidas respecto a un mismo hecho, por posible vulneración del principio *non bis in idem*. Sin embargo, a pesar de lo que pudiera deducirse de la STC 159/1985, de 27 de noviembre, dichas dudas, para la doctrina mayoritaria (véase Sanz Morán 2003), se salvan a través del sistema vicarial, dado que mediante este sistema no se acumulan las restricciones de la libertad, no se suman las penas y las medidas, sino que se compatibilizan mediante su abono a la pena. Así, lo que en los supuestos de inimputabilidad completa es una respuesta exclusiva a la peligrosidad manifestada con el delito, se puede convertir en los casos de imputabilidad disminuida (eximente incompleta o atenuante art. 21.2.º o 21.6.º [ahora 21.7.º, tras la LO 5/2010]) en un complemento de la pena —en su caso preferente a la ejecución de la pena de prisión, evitando el ingreso en prisión— y satisfaciendo de modo más adecuado el fin de prevención especial.

A la relación entre penas y medidas de seguridad en la que se reconocerían como sanciones ampliamente fungibles, operando alternativamente y sustituyéndose la una a la otra, se le ha denominado «nuevo monismo» (Zugaldía Espinar 2009)².

La medida de seguridad no tiene un contenido de reproche, lo que podríamos definir como sanción en sentido estricto, pero sí es una limitación de derechos relacionada con la realización de un delito (sanción en sentido amplio), por lo que son aplicables los principios garantistas, al margen de que su fundamento sea la peligrosidad y no la retribución por el hecho o la prevención general.

² Según Zugaldía Espinar (2009) el sistema de doble vía se caracterizaría en realidad porque prevé penas para los autores culpables y medidas de seguridad para los autores peligrosos, lo que le lleva a concluir que no es incompatible con la imposición de medidas de seguridad a imputables (o dicho de otro modo personas en los que no se aprecie ninguna merma de la imputabilidad, siquiera sea en forma de atenuante, como sí venía ocurriendo a través de la aplicación jurisprudencial (citando SSTS 13.6.1990, 29.4.1991 y 12.2.1993) por analogía del art. 104 CP. Esta comprensión podría querer usarse para justificar la medida de libertad vigilada acumulativa a la pena introducida por la LO 5/2010, sin perjuicio de que el autor citado establece límites fundamentales a las medidas de seguridad para personas completamente imputables y peligrosas a pesar del cumplimiento de la pena (la exclusión completa de esta posibilidad [hasta la reforma de 2010] es atribuida por el autor a un error básico en la concepción del sistema de doble vía que liga medida de seguridad con falta total o parcial de culpabilidad).

En consecuencia, no cabe imponer medidas sino a partir de la exteriorización de la peligrosidad en la realización de un delito (se proscriben por tanto las medidas predelictivas, basadas únicamente en un pronóstico de futuro), que, aunque no sea el fundamento de la medida, sí guarda una estrecha relación con la limitación de derechos que opera la medida de seguridad, introduciendo en las medidas de seguridad un principio garantista como el de proporcionalidad —con mayor o menor acierto en la legislación vigente—.

Por ello, aún en las medidas postdelictivas rige el principio de proporcionalidad. Éstas no podrán ser más gravosas ni durar más de lo que duraría la pena proporcional a la gravedad del hecho. Superado el límite de lo que sería reprochable a una persona completamente imputable (mediante la privación de derechos por la pena), la persona no podrá ser sometida a otras medidas preventivas que las previstas para personas que no hayan cometido delito alguno, como por ejemplo el internamiento involuntario de la LEC, art. 763³.

La STS de 27 de octubre de 2000, referida a las medidas de seguridad, recoge que «tanto la imposición de la pena como de la medida, aunque de fundamento distinto, están orientadas al mismo fin señalado en el art. 25.2 CE y afectan ambas al valor superior de la libertad protegida por el art. 17 CE...»

Se atribuye a las penas fines tanto de retribución como de prevención (prevención general integradora, prevención general intimidatoria y prevención individual), mientras que a las medidas de seguridad se les asigna una función exclusivamente preventivo-especial (individual), tanto resocializadora o correctora como meramente asegurativa (inocuidadora), aunque no se puede negar una cierta eficacia preventivo general, en la medida que garantizan a la sociedad que se adopta una consecuencia jurídico-penal preventiva ante personas que hayan cometido un delito y sea probable que lo repitan.

³ Coherentemente con ello la regulación de las medidas de seguridad prevé en el art. 104.2 CP, que, con suficiente antelación respecto al fin de la medida de seguridad privativa de libertad, se aplique lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera del Código Penal, que remite a la legislación sobre capacidad de las personas y al internamiento previsto en la legislación civil, dado que, a partir del límite de proporcionalidad en función de la gravedad del delito, no debe haber la posibilidad de aplicar al sometido a medida otras restricciones de derechos que no sean las previstas para la población en general extramuros del derecho penal, a riesgo de convertir el elemento garantista de la postdelictualidad en un mero pretexto.

Esta vía queda abandonada en el PRCP 2013 dado que el legislador prefiere dejar al inimputable siempre, incluso de por vida, dentro del sistema penal desde el momento que cometa incluso un único y primer delito.

Se dice que las medidas de seguridad miran al futuro, esto es, a la prevención de futuros delitos —futuras lesiones de bienes jurídicos individuales o colectivos— por una persona concreta (lo cual junto con otros también es uno de los fines de la pena), pero se distingue de otros mecanismos preventivos (políticas sociales, internamiento involuntario de personas con trastornos psiquiátricos, etc.) en que la peligrosidad de la persona se ha manifestado en una realización de una conducta penalmente antijurídica, que sí juega algún papel en la justificación de la intensa restricción de derechos que supone una medida de seguridad penal.

La diferencia clara entre las penas y las medidas de seguridad se centra en los fines y en los medios: por un lado en la ausencia de contenido retributivo, de contenido de reproche por el hecho realizado y, por otro, en la mayor flexibilidad de los medios. Se dice (Leal Medina 2002) que se diferencian las penas y medidas en que, mientras que la pena mira al pasado, para retribuir el mal causado, las medidas de seguridad miran al futuro.

No obstante, el dualismo «flexible» o «mitigado» —la concurrencia no acumulativa de penas y medidas— produce la progresiva aproximación de las penas y las medidas. Aunque el sistema parte del contraste de «la culpabilidad» frente a «la peligrosidad» como fundamento de «penas» y «medidas» respectivamente, esta diferencia se hace más compleja en la regulación legal, tanto al asignarse constitucionalmente a las penas una preceptiva orientación a la prevención especial como al introducirse la peligrosidad como criterio de las sustitutivos penales, de la libertad condicional y de la determinación de la pena, o al comprobar la amplia coincidencia entre los catálogos de penas restrictivas de derechos y medidas no privativas de libertad y al introducir garantías de las penas a las medidas (Sanz Morán 2003).

Destacan por tanto también una serie de afinidades y semejanzas: el principio de proporcionalidad, el fin de la prevención especial rehabilitadora y asegurativa (inocuidación); el juego del pronóstico de peligrosidad en la ejecución de la pena de prisión y la coincidencia en el contenido de la pena y de la medida; sin embargo, como afirma Frisch (2007), las coincidencias no deben distraer del carácter esencial de las diferencias.

No es ocioso recordar que las medidas de seguridad también se imponen a personas consideradas imputables, esto es, a personas a las que se imputa personalmente la lesión antijurídica de bienes jurídicos (si bien de forma parcial, semi-imputabilidad) con la imposición de una pena. Por tanto, se podría decir que, en estos casos, la medida de seguridad, unida al sistema vicarial (art. 99 CP) puede tener un sentido de

alternativa a la pena basado en su mayor capacidad preventivo-especial y su menor contenido desocializador frente a la prisión.

Ello no significa que se olvide la función de prevención general de los delitos que deben cumplir las penas. Dados los supuestos para los que se preconiza la aplicación de las medidas de seguridad (personas a las que no cabe reprochar o se reprocha en menor medida la realización del hecho antijurídico), no debe entenderse que por la renuncia al ingreso en prisión se produzca una merma de la eficacia preventivo-general de las normas penales.

La imputabilidad, el juicio de imputación personal, es uno de los presupuestos fundamentales de las medidas de seguridad. Los conceptos de la teoría del delito se construyen sobre criterios político-criminales, en concreto ahora, la imputabilidad. Por ello, se ha de tener cuidado al atribuir diferencias categóricas absolutas entre penas y medidas sin tener en cuenta la concepciones prevencionistas actuales de la culpabilidad o imputación personal.

Superada la concepción exclusivamente retributiva de la categoría dogmática de la culpabilidad, la exclusión de la responsabilidad penal en los supuestos de anomalía o alteración psíquica, drogadicción y alteraciones en la percepción desde la infancia se basa en la diferente capacidad de motivar a dichos sujetos mediante la norma penal; en última instancia se atiende al principio de igualdad, tanto formal como material. No a todas las personas se puede exigir la misma responsabilidad penal, porque no todas estamos en las mismas condiciones frente a la norma. Se trata por tanto de un límite normativo de lo exigible a la persona media, límite de lo punible en un estado democrático.

Debe destacarse que la decisión sobre los supuestos que excluyen o disminuyen la culpabilidad no es un absoluto, una cualidad de la persona, sino que ostenta un carácter coyuntural, relativo, como los criterios sociales y políticos. Por ejemplo, en este sentido, es básico recordar que la existencia de medidas de seguridad eficaces para atajar la peligrosidad ha permitido ampliar las fronteras de la exclusión de la responsabilidad penal. Esto se constata especialmente en los trastornos de la personalidad: la aparente falta de herramientas para el tratamiento, o su carácter costoso, complejo y largo, parece tener clara influencia sobre la apreciación de la imputabilidad, esto es, sobre si la persona tenía capacidad para comprender lo ilícito de su actuar y su capacidad volitiva para comportarse conforme a esa comprensión. Según se desprende de algunos informes forenses, parece claro que algunos trastornos de la personalidad pueden afectar cuando menos a la capacidad volitiva, por la falta de control de impulsos por ejemplo.

El aspecto que interesa destacar en este momento es que el fundamento material de la culpabilidad, esto es, la renuncia a exigir responsabilidad a un sujeto en relación con un hecho antijurídico, es, sobre todo, un problema político, una decisión político-criminal. La imputabilidad como categoría del delito, en la medida en que coloca en el centro del análisis al sujeto al que se imputa la realización de un hecho antijurídico, elude la atención sobre la valoración jurídica realizada por el sistema penal en función de otros factores; se desvía la mirada del sujeto que imputa al imputado, del que margina al marginado, del que define el delito y asigna la definición de delincuente, al definido como tal.

Este desplazamiento del centro de atención⁴ oculta los valores subyacentes al juicio de imputación e imposibilita el análisis crítico del mismo. El juicio sobre a qué sujetos —y/o en qué circunstancias— no se exige responsabilidad penal por la realización de un hecho antijurídico, descansa sólo parcialmente sobre una valoración general apriorística sobre la capacidad de entendimiento y voluntad del individuo. Esta decisión es una valoración político-criminal basada fundamentalmente en última instancia en la concepción del principio de igualdad en cada momento histórico. Debe superarse la concepción que divide a los individuos en buenos y malos, normales y anormales, mediante la comprensión de la imputabilidad como un problema social y en definitiva político.

En tanto decisión política, histórica y coyuntural del legislador, la imputación depende de las valoraciones sociales del momento. La sociedad comparte el criterio político criminal (aunque esto parece que va cambiando, en el sentido de resurgimiento de la pena de prisión y su carácter aflictivo, Díez Ripollés 2003) de exclusión de determinadas personas de la aplicación de las penas. La sociedad parece compatibilizar la reclamación de mayor dureza frente a determinados delitos con el recurso a soluciones no punitivas más eficaces y humanas frente a determinados grupos de personas, como por ejemplo los toxicómanos.

Por tanto, la calificación de un sujeto como inimputable, semi-imputable o la apreciación de circunstancias atenuantes de la imputabilidad depende no sólo de criterios bio-psicológicos, también en constante evolución, sino, a su vez, de las consideraciones sociales y políticas sobre la reprochabilidad a las personas que delinquen en determinadas condiciones psíquicas y psicosociales y también, en última

⁴ Bustos Ramírez 1994.

instancia, de la existencia de medios eficaces de contrarrestar la «peligrosidad criminal» mediante respuestas distintas a la pena de prisión. De ahí que se haya ido ampliando, y deba ir extendiéndose, el tratamiento no punitivo de los menores de edad, de las personas con enfermedades mentales, de las personas con trastornos de la personalidad, trastornos adictivos, personas en situaciones de profunda desigualdad social, etc.

En conclusión, hasta 2011 los presupuestos para la imposición de una medida de seguridad eran la comisión de un delito, la imposibilidad de imponerse una pena por ausencia de imputabilidad personal⁵ y la probabilidad relevante de comisión de nuevos delitos de gravedad relevante en el futuro.

2. Ley Orgánica 5/2010

La aún reciente⁶ reforma del Código Penal no alteró con carácter general este cuadro, aunque ciertamente el Gobierno del PSOE abrió una «rendija»⁷ que el Gobierno del PP aprovecha ahora para ampliar e introducir por ella una política criminal enloquecida y demagógicamente punitiva y antigarantista. Desgraciadamente es previsible —ya hemos visto en los últimos 18 años la enorme *vis expansiva* que en-

⁵ En el entendimiento de que, en el caso de los inimputables, el modo de satisfacer las necesidades de prevención especial y, por ende, neutralizar o reducir la peligrosidad de la persona, es la imposición y ejecución de la pena.

⁶ Aún no se han cumplido tres años de vigencia de las 152 modificaciones operadas por la LO 5/2010, por supuesto sin ningún tipo de evaluación empírica de sus resultados, y el nuevo Gobierno pretende introducir modificaciones en más de 200 artículos (Sáez Rodríguez 2013).

⁷ Sáez Rodríguez 2013, para quien el Proyecto de reforma del CP de 2013 la abre «de par en par». El propio Proyecto de Reforma del CP de 2013 califica la revisión de nuestro sistema monista tradicional (sic) como tímida. Quizás cabría decir acomplejada.

No obstante, cabe apuntar que este tipo de libertad vigilada complementaria y posterior a la sanción penal de internamiento ya había sido ensayada en la legislación penal juvenil y debía ser ejecutada materialmente, tras alcanzar la edad adulta, por los actualmente denominados servicios de gestión de penas y medidas alternativas (art. 10 LO 5/2000, introducido por LO 8/2006). Art. 10.4.º: «Las medidas de libertad vigilada previstas en este artículo deberán ser ratificadas mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas». Un estudio de mayor profundidad podría arrojar luz sobre la verdadera naturaleza jurídica de esta pena/medida complementaria a la pena/medida principal y de ejecución primera.

cierra en sí mismo el populismo punitivo— que el PRCP 2013 no sea la definitiva «patada en la puerta» en lo que respecta a las medidas de seguridad y que la próxima legislatura nos depare una mayor expansión de las medidas de seguridad postpenitenciarias, una profundización en su infinidad temporal y la definitiva incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una medida de seguridad postpenitenciaria privativa de libertad como la custodia de seguridad, con tendencia a la duración indefinida y de por vida —como la cadena perpetua, los internamientos en centro psiquiátrico o de educación especial y la libertad vigilada que previsiblemente serán derecho vigente en 2014— a la que el Ministerio ha renunciado tácticamente en este proyecto de 2013 pero que estaba presente en el Anteproyecto de 11 de octubre de 2012.

Un cambio a mi juicio más importante de lo que aparenta a primera vista es la sustitución del catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad del anterior artículo 96.3.º por una medida única, la libertad vigilada⁸, cuya definición y ejecución se torna por tanto más insegura. A partir de la entrada en vigor de la reforma se convierten en posibles contenidos de la medida más genérica de libertad vigilada. Por una parte se modificó el artículo 96.3.º para incluir la medida de seguridad de libertad vigilada. Por otra se eliminaron las medidas de obligación o prohibición de residir o de acudir a determinados lugares, de comunicarse con la víctima o acercarse a ella, la sumisión a tratamiento externo y sometimiento a programas de tipo formativo o cultural (art. 96.3.3.º a 5.º), que quedaron transformadas, conforme a lo que dispuso el nuevo art. 106, en eventuales manifestaciones de la medida de libertad vigilada.

A mi juicio, esta reforma, y más aún el PRCP 2013, de algún modo parece que banaliza la incidencia de estas obligaciones y prohibiciones en la espera personal y, no reconociendo su afflictividad, apunta a una aplicación y ejecución menos garantistas de lo que aconsejaría la relevante restricción de derechos fundamentales que suponen.

Por otro lado, la modificación sistemáticamente esencial, que abre la «rendija» al PRCP 2013, es la previsión de que la libertad vigilada⁹

⁸ En lo cual se profundiza en el PRCP 2013 dejando las medidas no privativas de libertad reducidas a 3.

⁹ De contenido tan amplio, difuso, indefinido y potencialmente enormemente afflictivo en la esfera de la libertades personales como el recogido en el art. 106, que se concretará por el Juzgado sentenciador, sin perjuicio de las posibilidades de mantenimiento, cese, sustitución o suspenso, a propuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, antes de extinguirse la pena o conjunto de penas privativas de libertad impuestas.

se pueda —en los casos de primariedad— o *deba* imponer en la sentencia junto con la condena a pena de prisión por delitos contra la libertad sexual y la indemnidad sexual (art. 192.1.º) y por delitos de organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo (579.3.º) y que esa medida de control¹⁰ tenga la consideración de medida de seguridad y no de pena¹¹ —cambio de naturaleza durante la fase de iniciativa legislativa del Gobierno del PSOE que resulta expresivo de las dificultades sistemáticas de este control postpenitenciario—. El artículo 98 es también modificado para incluir la referencia a la libertad vigilada a cumplirse después del cumplimiento de la pena privativa de libertad¹²; así como el artículo 105 para incluir la libertad vigilada como medida complementaria de las medidas de seguridad privativas de libertad o en los casos en que el código penal expresamente la prevea como preceptiva (delitos sexuales —art. 192.1.º— y terrorismo —art. 579.3.º—).

La consecuencia no es solamente que en delitos contra la libertad sexual y la indemnidad sexual (art. 192.1.º) y de organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo (art. 579.3.º) se modifica el presupuesto de subsidiariedad para la aplicación de una medida de seguridad —cuando no sea imponible la pena por la exclusión o afección a la imputabilidad—; que se derogue en estos delitos el sistema vicarial, de modo que se pasa en estos delitos de un sistema dualista mitigado a un sistema dualista puro y acumulativo —aunque solo sea para dos grupos de delitos—, en el que se cumple primero la pena privativa de libertad; sino que la aplicación de la medida de seguridad se independiza de su fundamento: salvo que sea el primer delito, se prescinde de la peligrosidad, que se presume *iuris et de iure*, y por ende de su prueba en el proceso, aunque cabe que en un momento posterior —antes de la extinción de esa pena u otras—, mediante un procedimiento indeterminado y no expresamente sometido a contradicción y audiencia del penado, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria competente —lo cual queda en manos de la administración penitenciaria por su competencia exclusiva e incontrolable en esta materia— recomiende, o el Juzgado sentenciador decida, mediante un procedimiento indeterminado y no

¹⁰ La percepción es que se enfatiza el aspecto asegurativo, inocuizador, de las medidas de seguridad, más que en el aspecto corrector, rehabilitador o terapéutico que pueden tener.

¹¹ Sobre la libertad vigilada como pena véase Boldova Pasamar (2010), respecto al Anteproyecto de Código Penal de 2008.

¹² Extrañamente desaparece en el PRCP 2013 la previsión del art. 106.2 vigente respecto a la concurrencia de varias penas de prisión.

expresamente sometido a contradicción y audiencia del penado, dejar sin efecto la medida.

En definitiva, se introduce en dos grupos de delitos una medida de seguridad de naturaleza, fundamento y condiciones al menos en parte diferentes a las demás medidas de seguridad previstas en el Título VI.

No puede obviarse que la inidoneidad teórica, y sobre todo práctica, de la pena de prisión como mecanismo de prevención especial positiva (resocialización) están, en gran parte, en la base tanto de la crisis de la pena de prisión como del desencanto de la resocialización y, a su vez, de la búsqueda de alternativas a la pena de prisión, entre las cuales pueden encontrarse las medidas de seguridad. No obstante, la evidente idoneidad inocuizadora de la prisión, mediante la mera segregación de la sociedad, ha favorecido su resurgir (Díez Ripollés 2003) y la creciente expansión del Derecho penal y, en concreto, de la pena de prisión¹³; ideas y tendencia que se plasman en el Punto IV del Preámbulo de la LO 5/2010 que señala que: «... en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia» por lo que esta reforma pretendería «... conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad. ... Así, la libertad vigilada es una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, según la propia norma señala en cada caso, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta..., tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente, objetivo que preside toda la reforma».

También en este punto la reforma de 2010 incidió de manera importante, al permitir la acumulación de penas y medidas sin sujeción al sistema vicarial. Como explica el Punto IV del Preámbulo de la Ley: «La novedad sustancial... cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo

¹³ Sobre la expansión del Derecho Penal y el uso de la prisión véanse diversos documentos de la Plataforma Otro Derecho penal es posible (www.otroderechopenal.com).

haya previsto de manera expresa. En estos casos, tal y como resulta del nuevo artículo 106.2, la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual (artículo 98.1)».

La reforma penal de 2010 vino así a alterar las relaciones entre penas y medidas de seguridad, que ahora pueden ser complementarias y acumulativas, y por ende aparentemente las relaciones entre culpabilidad y peligrosidad. Sin embargo no se ha llegado a profundizar en todas las consecuencias que este desdibujamiento podría tener, en sentido inverso al que fundamenta el nuevo art. 106 CP, por ejemplo, en el caso de las personas condenadas a penas de prisión no acumulables (al no entrar en la aplicación del art. 76.2.º CP) superiores a los 30 o 40 años (en la actualidad unas 345 personas¹⁴). La imposición de penas conformes a la culpabilidad de cada uno de los delitos cometidos, pero que se suman hasta exceder de límites compatibles con la dignidad, la reinserción social y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, no tiene en cuenta la desaparición de la peligrosidad del reo después de muchos años de cumplimiento de la pena.

Esta concepción de la proporcionalidad con relación a la culpabilidad queda ahora en entredicho con la medida de seguridad de libertad vigilada posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad proporcionada al hecho cometido, aunque se aduce que podría quedar salvada (en el mismo sentido en que lo argumenta Zugaldía Espinar para no incurrir en un defensismo intolerable) con respeto al principio de legalidad al estar prevista y fijada *ex ante* en la sentencia condenatoria, con lo cual venimos a introducir un agravamiento del castigo que se considera proporcional en cuanto que está previsto en ley anterior, aunque su fundamento no sea la culpabilidad sino la peligrosidad.

Pero, con todo, quizás lo más llamativo es que este radical cambio de concepción del fundamento, presupuestos y ejecución de las medidas de seguridad solamente se produzca respecto a dos grupos de delitos. Resulta por tanto incoherente preconizar un cambio de concepción

¹⁴ El PRCP 2013 sí se hace cargo de esta situación en el segundo párrafo del punto II de su Exposición de Motivos, pero sin tratar de ponerle remedio en alguno de las modificaciones que contiene.

tan fundamental pero mantener el sistema anterior para la inmensa mayoría de los delitos. Por esto resulta, en este sentido, coherente la expansión de esta nueva concepción en el PRCP 2013, lo cual permite prever su generalización en futuras reformas.

3. *Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 2013 (BOCG de 4 de octubre)*

Como se afirmaba *supra*, el PRCP 2013 se adentra con decisión por la senda abierta en 2010. Por un lado, la nueva concepción de las medidas de seguridad complementarias y de cumplimiento posterior a la pena de prisión, introducida en 2010 para solamente dos grupos de delitos, se extiende ahora a las penas de prisión, superiores a un año, impuestas en virtud de los arts. 140 bis (homicidio y sus formas), 156 ter (lesiones), 168 bis (detenciones ilegales y secuestros), 172 ter (acoso), 173.2 (violencia doméstica habitual), 177 bis (trata de seres humanos), 236 bis (hurtos), 242 bis (robos), 243 (extorsión), 244 (hurto y robo de uso), 252 bis (apropiación indebida), 304 bis (receptación y blanqueo), 318 bis (ayuda ilegal a no nacionales) y 385 quáter (seguridad vial)¹⁵. No obstante, afortunadamente se corrige la preceptividad de la misma en los casos de pluralidad de delitos que se prevé en los vigentes arts. 192.1.º y 579.3.º CP, aunque sea predecible que se aplicaría con carácter general, sobre todo en los casos de concurrencia delictiva, dado que en realidad el juicio pronóstico de la peligrosidad se trasladaría en la práctica a los momentos finales de la ejecución de la pena de prisión.

En relación con los presupuestos para la aplicación de las medidas de seguridad con carácter general, aparentemente no hay modificaciones¹⁶. Salvo en el caso de la medida de libertad vigilada en los supuestos antedichos, con carácter general las medidas se imponen a quien ha cometido un delito pero no le es personalmente imputable, o bien tiene afectada su imputabilidad¹⁷, siempre que concorra peligrosidad criminal (pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabili-

¹⁵ En la enumeración se aprecia —además de los bis, ter y quáter... que jalonarán un «código penal de la democracia» remendado hasta hacerlo irreconocible— el sesgo populista y de «seguridad ciudadana» de las medidas de seguridad postpenitenciarias.

¹⁶ El artículo 101 PRCP 2013 mantiene el sistema vicarial, modificado en cuanto al abono de la medida a la pena, para las medidas de internamiento.

¹⁷ Aunque la medida de internamiento en centro de deshabituación del art. 100 PRCP 2013 también se puede imponer a imputables si media su consentimiento.

dad de comisión de nuevos delitos¹⁸) y que la medida resulte necesaria para compensar¹⁹ al menos en parte la peligrosidad.

La novedad no está tanto en el requisito garantista de que se haya cometido un delito, manteniéndose por el momento la prohibición de las medidas predelictuales, sino en el alcance que se le da a la gravedad de dicho delito para determinar el contenido y la duración de la medida de seguridad, de modo que lo que sí se introduce como novedad en la legislación penal española es lo que podríamos denominar medidas de seguridad 'adelictuales', esto es, que se exige la comisión previa de un delito, pero su gravedad es más o menos irrelevante, de modo que el delito se configura como una excusa para intervenir sobre la peligrosidad con medidas de seguridad más graves en cuanto a restricción de derechos que los que comportaría la pena y con mayor duración, pudiendo alcanzar toda la vida mediante prórrogas sucesivas²⁰, tanto en las medidas de internamiento de los arts. 98 y 99 PRCP 2013 como en la libertad vigilada en los supuestos del art. 104 ter.2.º (delitos contra la libertad e indemnidad sexual o supuestos de suspensión de la medida de seguridad de internamiento del art. 102.1.º PRCP 2013). Ya no se atiende al grado de peligrosidad expresado en el nivel de gravedad del delito, independizándose la valoración de la peligrosidad de la valoración del delito cometido, convirtiéndose la comisión de un delito en un requisito de algún modo formal, que abre la puerta a la atención exclusiva a la peligrosidad a futuro —aunque no se haya expresado en la gravedad del delito cometido— para la determinación de la naturaleza, contenido, duración y prórrogas de la medida de seguridad.

Así se declara desde el Título Preliminar, al eliminar en el art. 6.2 la referencia a la pena abstracta del delito como límite de gravosidad y duración de la medida. Sin embargo, incoherentemente con lo que parece ser

¹⁸ No obstante el art. 98.1.º PRCP 2013 diluye la exigencia de probabilidad al limitarse a exigir que «exista base suficiente para concluir que, debido a su trastorno, es *posible prever* la comisión por aquel de nuevos delitos de gravedad relevante [pena máxima no inferior a 3 años de prisión].

En el art. 100.1 PRCP 2013, en relación con la medida de internamiento en supuestos de adicciones, se pivota sobre que «se prevea *que se pueda* evitar así [mediante el internamiento] que cometa nuevos delitos» y «cuando existan indicios que permitan fundar la expectativa razonable de que el sujeto superará su adicción...».

¹⁹ Quizás reducir o prevenir fueran términos más adecuados.

²⁰ Quizás en un futuro, con base en la «coherencia» de que el fundamento de las medidas de seguridad se halla exclusivamente en la peligrosidad, las medidas de seguridad se independicen ya completamente de la comisión de un delito, no exigiéndose que la peligrosidad se exprese de ese modo.

la idea nuclear de la Exposición de Motivos^{21,22} y de la reforma, el art. 95.2 PRCP 2013 sigue declarando que «la medida de seguridad que se imponga deberá ser proporcionada a la gravedad del delito cometido»²³, expresión de alcance difuso e incomprensible —que queda reducido a una ambigua declaración de un principio sin aplicación en el derecho positivo— a la vista de que se pueden imponer medidas privativas de libertad aunque el delito no esté castigado con pena de dicha naturaleza y que su duración se independiza de la de la pena prevista para el delito, pudiendo llegar a ser incluso de por vida, dada la posibilidad ilimitada de prórrogas (arts. 98.3²⁴, 99.2 y 104 ter.2.º PRCP 2013). También resulta incoherente

²¹ Punto VII «... se abandona definitivamente la idea de que las medidas de seguridad no puedan resultar más graves que las penas aplicables al delito cometido: el límite de la gravedad de la pena viene determinado por la culpabilidad por el hecho; pero el límite de la medida de seguridad, por el contrario, se encuentra en la peligrosidad del autor. [...]

La reforma que ahora se lleva a cabo culmina esa evolución hacia la definitiva consagración de un sistema dualista, tomando como punto de partida la distinción y separación entre penas y medidas de seguridad.

Esta diferenciación entre pena y medida de seguridad permite que ambas puedan ser impuestas conjuntamente sin que se produzca una infracción del principio *non bis in idem*, y ofrece solución a los problemas que se plantean en ciertos casos en los que *las penas son inevitablemente cortas* (o, al menos, de una duración insuficiente para compensar la peligrosidad del sujeto), pero el autor aparece como una persona peligrosa. En estos supuestos de peligrosidad elevada del delincuente, puesta de manifiesto en la comisión de delitos de *suficiente gravedad*, en los que la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho no es suficiente para compensar la peligrosidad del autor, no resulta razonable hacer recaer todos los costes de esa peligrosidad sobre la sociedad; al contrario, parte de esos costes deben ser trasladados al propio penado, al que se impone, en consecuencia, una medida de seguridad. Finalmente, también se prevé el recurso a la medida de seguridad tras el cumplimiento de una medida de seguridad privativa de libertad o como sustitutiva de la misma».

²² A través de un recorrido salteado e impreciso por la historia de la regulación penal de las medidas de seguridad retrocediendo hasta 1848 para llegar a nuestros días, la Exposición de Motivos omite mencionar la vigencia durante largos años en nuestro país de la Ley de vagos y maleantes y, particularmente, de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social (LPRS), normativa que fue derogada de forma expresa, precisamente, por el Código Penal de 1995, el objeto ahora de reforma. Se prescinde, pues, de ponderar la indudable influencia que sobre el legislador de 1995 tuvo la vigencia durante más de 40 años de ambas leyes, en especial, la LPRS a la hora de determinar los caracteres con que habría de configurarse la regulación de las medidas de seguridad en nuestro actual sistema penal y que, junto con la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional a partir de las resoluciones de los recursos de amparo interpuestos con ocasión de la aplicación de la LPRS, la explica y dota de sentido (Sáez Rodríguez 2013).

²³ También en la Exposición de Motivos: «las medidas de seguridad deben ser proporcionadas, no sólo a la gravedad del hecho delictivo cometido...».

²⁴ A pesar de que la Exposición de Motivos declara que «en el caso de la persona que sufre una grave patología psiquiátrica que le ha llevado a cometer reiterados delitos

con la Exposición de Motivos que en el artículo 100.3 PRCP 2013 se establezca un límite relacionado con la gravedad de la pena del delito para la prórroga del internamiento en centro de deshabitación.

Al argumentar la necesidad de complementar la pena con una medida de seguridad de cumplimiento sucesivo, el prelegislador parece olvidar que la peligrosidad ya es tenida en cuenta por el legislador y por el juzgador en las fases de aplicación y de ejecución de las penas para determinar la pena, la duración y los modos de ejecución. La prevención especial positiva y negativa ya es atendida al establecer la pena en abstracto, al decidir la pena en concreto, al agravar la pena por reincidencia, al permitir o no la suspensión o sustitución de las penas, al clasificar y destinar a un régimen penitenciario u otro, etc. Por tanto, si se quiere ir a un sistema de doble vía, culpabilidad-peligrosidad, pudiendo imponer a autores culpables una pena por ello y acumulativamente una medida de seguridad por la peligrosidad, debería reformularse también el sistema de penas, en primer lugar rebajando la duración de las penas, en constante exasperación punitiva desde el Código de 1995 —que ya produjo un incremento de duración de las penas en un tercio, al eliminar la redención de penas por el trabajo sin reducir en un tercio la duración de las mismas para adecuar la pena nominal a la pena real—, precisamente con base en casi todas las ocasiones en el fin incoizador de las penas.

Por otro lado, aunque la peligrosidad (art. 95.2 PRCP 2013: el grado de la misma y la gravedad de los delitos que se pudieran cometer) se constituya, no solo en fundamento, sino en referencia casi exclusiva de proporcionalidad, sin embargo, en la casi única medida de seguridad no privativa de libertad existente²⁵, la libertad vigilada, su imposición aparenta ser cuasi-automática con casi presunción de peligrosidad —salvo que se realice una interpretación integradora²⁶ con los artículos 6.1 y 95

contra la vida o la libertad sexual, cuando las valoraciones psiquiátricas disponibles confirmen que continúa existiendo una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos de especial gravedad», el texto del articulado no exige tanto para prorrogar ilimitadamente la medida.

²⁵ Las otras dos son la prohibición de ejercicio de actividad profesional y la expulsión de extranjeros del territorio nacional, que, en todo caso, se pueden imponer conjuntamente

²⁶ A ello apunta la Exposición de Motivos, a pesar del tenor literal de los preceptos proyectados: «la imposición de la medida de libertad vigilada requerirá que el sujeto haya sido ya condenado por la comisión de alguno de los delitos para los que la Ley prevé expresamente la posible imposición de la medida de libertad vigilada, que se le haya impuesto por ello una pena de más de un año de prisión, y que se constate la *peligrosidad* de comisión de delitos futuros que es presupuesto general de todas las medidas de seguridad».

PRCP 2013— en algunos supuestos como los artículos del PRCP 2013 98.3 in fine²⁷, 99.2²⁸, 102.1c²⁹, 104.3.a³⁰, 106.2.³¹ y 106.4.³².

Y además, la libertad vigilada se impondría con una duración mínima de tres años, independientemente por tanto de la necesidad preventivo-especial que se constatará.

En definitiva, la modificación de toda la regulación de las medidas de seguridad es de tal entidad que su comprensión, análisis, determinación de sus consecuencias y cuestiones de discutible interpretación va a requerir de un prolongado periodo de tiempo y la concurrencia de múltiples especialistas.

Por otro lado, cabe apuntar que a pesar de que el Ministerio coloca la previsibilidad³³ de las resoluciones judiciales en el frontispicio de la justificación de la reforma (Punto I de la Exposición de Motivos), la regulación de las medidas de seguridad adolece de tal nivel de incoherencias, superposiciones, flexibilidad, conceptos jurídicos indeterminados y lagunas que, a día de hoy, se hace difícil anticipar todos los problemas que va a suscitar su aplicación y más aún resolverlos. Además, en sí mismo, resulta asombroso ligar la reforma en materia de medidas de seguridad a la confianza y previsibilidad «por parte de la ciudadanía». De ser consecuente con esta declaración, la evaluación de la eficacia del PRCP 2013, si desafortunadamente llegara a entrar en vigor tal como está, se situaría en el terreno de la prospección sociológica, para averiguar si los ciudadanos perciben las normas como justas, más que en el estudio cri-

²⁷ «En otro caso, extinguida la medida de internamiento impuesta, se impondrá al sujeto una medida de libertad vigilada, salvo que la misma no resultara necesaria».

²⁸ «En estos casos será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 y en los apartados 2 y 3 del artículo anterior».

²⁹ «Suspender la ejecución de la medida. En este caso, se impondrá al sujeto una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años».

³⁰ «Cuando haya acordado suspender la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad».

³¹ «Cuando durante la ejecución de una medida de libertad vigilada fuera acordada la ejecución de una pena de prisión o de una medida de seguridad privativa de libertad, la ejecución de la libertad vigilada se mantendrá en suspenso durante el tiempo de cumplimiento de aquéllas, y se reanudará una vez que queden extinguidas».

³² «Cuando se acordara la suspensión de la ejecución de una pena de prisión o se concediere al penado la libertad condicional y estuviese pendiente de ser cumplida una medida de libertad vigilada, su contenido se determinará conforme a lo dispuesto en el artículo 104 bis, y se incluirán en su caso en la misma las obligaciones y condiciones de que se hubiera hecho depender la suspensión o la libertad condicional. En este caso, el plazo de duración de la libertad vigilada no podrá ser inferior al tiempo fijado para la suspensión conforme al artículo 81».

³³ EL Informe del CGPJ pone en cuestión la premisa mayor, que exista un problema de previsibilidad de las resoluciones judiciales.

minológico para conocer la eficacia preventiva y protectora de las normas penales aprobadas. La percepción de justicia parece dirigirse más a la tranquilidad de algunos sectores de la ciudadanía y de la creación de opinión en la inocuización, que a que las penas —el concepto de justicia se dirigiría más a éstas que a las medidas de seguridad— sean las adecuadas, justas y proporcionadas a la gravedad del delito. Nos encontramos pues ante una desacomplejada proclamación de populismo punitivo. Contradice toda la construcción moderna del derecho penal olvidar la función de protección de bienes jurídicos y hacer prácticamente desaparecer la prevención especial positiva a cambio de una conjunción de prevención general positiva y prevención especial negativa.

Y en este punto cabe señalar de manera muy relevante las dificultades del pronóstico de comportamiento futuro y la ausencia de criterios y procedimientos en el PRCP 2013 que garanticen un mínimo de seguridad jurídica en la imposición de las medidas. Siguiendo a Marambio Avaria, las dudas sobre el rigor científico de los pronósticos de criminalidad deberían llevar a exigir una elevación del listón de exigencia y de mecanismos procesales garantistas³⁴: ni se ha definido con precisión el concepto de peligrosidad, ni los juicios de comportamiento futuro ostentan un nivel de fiabilidad suficiente ni existen los procesos ni medios

³⁴ Marambio Avaria 2013: «La base central del proyecto se apoya en la separación de la pena estatal ceñida estrictamente a la valoración ex post del hecho y a la imposición de una sanción basada en la culpabilidad del autor, por un lado, y a la imposición de una medida de seguridad adecuada a la peligrosidad criminal del autor de ese hecho.

Si bien el concepto de peligrosidad criminal no ha sido desterrado de los sistemas penales más relevantes, sí ha sido duramente criticado, y con razón, por diversos motivos (incluso recordemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró en el Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, sentencia de 20 de junio de 2005 que el uso del concepto de peligrosidad era inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. La Corte Suprema de Justicia Argentina ha dicho algo similar en los casos “Maldonado” y “Gramajo”).

El pronóstico de la peligrosidad implica en primer lugar definir con exactitud el término peligroso. Este término no ha podido ser definido con el grado de certeza requerido para poder ser la base de una privación de derechos a un ciudadano. Sin embargo si podemos decir que existen elementos que nos podrían ser útiles para presumir el avance o el retroceso en un programa de tratamiento de reinserción social y por ello un buen informe técnico criminológico es un elemento fundamental a la hora de evaluar que se modifique un sistema de cumplimiento de condena permitiendo mayores niveles de libertad en el cumplimiento de la privación de ese derecho.

No obstante, si atendemos a las distintas pruebas realizadas para predecir los riesgos de producción de conductas violentas en (es decir un elemento particular que puede o no darse en conductas delictivas pero que es un buen predictor de las mismas) podemos verificar que el grado de acierto ronda, en el mejor de los casos en un 80% (básicamente hago referencia a la utilización de evaluaciones clínicas y utilización de test tal como el HCR-20).

en la administración de justicia para alcanzar el máximo nivel de fiabilidad que científicamente pudieran tener.

La peligrosidad es no sólo el fundamento de las medidas, sino también el límite propio de las mismas y requisito legal expreso de su imposición, que exige que resulte probada mediante los informes pertinentes y no mediante meras presunciones o intuiciones asociadas a la enfermedad mental o la drogadicción. La mera realización del hecho criminal no acredita la peligrosidad (en contra STS 18 de junio de 1993, confirmada por STC 74/1993).

La doctrina insiste particularmente en la necesidad de un verdadero y riguroso juicio de peligrosidad criminal (Santos Requena 2001), con actividad probatoria, concurso de peritos, derecho a la defensa, etc. Siendo un aspecto clave de las medidas de seguridad, choca que no se hayan previsto en la legislación penal y procesal los criterios básicos del juicio de peligrosidad y el modo de realizarse dicho pronóstico sobre el comportamiento futuro de una persona³⁵.

El número y entidad de las objeciones político-criminales, dogmáticas y de técnica legislativa que se podrían hacer al PRCP 2013 —no solo en materia de medidas de seguridad, sino en materia de sistema de penas, concursos o libertad condicional, por poner algunos ejemplos solamente de la parte general— es tan importante que conduce irremi-

De este modo podemos afirmar que el sistema que se pretende implementar le otorga un valor central a un elemento que muestra un alto grado de falibilidad (1 de cada cinco casos es un falso positivo).

Este problema debe ser visto bajo el prisma de los cursos causales hipotéticos o contrafácticos.

Imaginemos que un juez debe decidir el otorgamiento de una libertad condicional, especialmente en un caso donde se ha condenado a prisión permanente revisable. Si el juez, con un pronóstico dudoso decide no otorgar la libertad condicional por ser este individuo peligroso nunca podremos saber si el juez ha acertado o no ya que no sabremos si efectivamente esta persona se hubiera comportado cumpliendo la ley.

De este modo y ante condiciones de populismo punitivo, y una actitud de “caza de brujas” de los medios de comunicación, resultará más sencillo al Juez y al organismo técnico que deba realizar el informe de peligrosidad generar un falso negativo frente a la opción de correr el riesgo de aumentar los niveles de libertad del condenado y ser acusados de “cómplices” de quien comete un delito en condiciones de libertad condicional. En ese sentido resulta un precedente muy negativo el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Maiorano y otros vs. Italia” de 15 de diciembre de 2009.

Una herramienta tan imperfecta como el pronóstico criminal no puede tener un componente tan fuerte a la hora de decidir cómo será el control Estatal frente a quién ha cometido un delito, especialmente si ese control excede el monto de pena adecuada a la culpabilidad por el hecho».

³⁵ El PRCP 2013 solo llega hasta «tras efectuarse una evaluación exhaustiva del mismo y de su acción» (arts. 98.1 y 99.1).

siblemente a la enmienda a la totalidad, de modo que el texto fuera en su momento devuelto al gobierno para ser elaborado de nuevo por una comisión codificadora amplia y plural.

La decidida apuesta del pre-legislador por un sistema penológico que hace de la pena de prisión el eje del castigo penal, que dilata su extensión al punto de llegar a convertirla en permanente o indeterminada y que incrementa la carga aflictiva de la pena con la imposición de medidas de seguridad para su cumplimiento conjunto o adicional, compromete el ajuste del sistema en su conjunto a las mínimas exigencias constitucionales y las derivadas del derecho internacional de los derechos humanos³⁶.

II. Acumulación de penas y medida

1. *Legislación vigente*

En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad, el régimen es el tradicionalmente conocido del artículo 99 CP: se cumplirá primero la medida, que se abonará al cumplimiento de la pena, previéndose modos de evitar en su caso el cumplimiento de la pena una vezalzada la medida.

Con la reforma por LO 5/2010 —la concurrencia de la pena con la medida de libertad vigilada prevista en los arts. 192.1.º y 579.3.º CP—, se cumple en primer lugar la pena y, una vez extinguida ésta y las demás que pudieran concurrir³⁷, la medida de libertad vigilada, salvo que en virtud de los arts. 106.2.º/97 o 106.3.c se pudiera cesar, sustituir la misma o dejarla sin efecto.

El PRCP 2013 introduce muy significativas modificaciones para los supuestos de concurrencia de penas y medidas, en función del tipo de medidas y sus supuestos de aplicación.

a) RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS DE INTERNAMIENTO: ART. 101.1 PRCP 2013, SISTEMA VICARIAL MODIFICADO

El art. 101 PRCP 2013 prevé como régimen general el mismo que en el vigente art. 99 CP, el sistema vicarial³⁸, con la peculiaridad de

³⁶ SÁEZ RODRÍGUEZ 2013.

³⁷ Art. 106.2 párrafo tercero CP.

³⁸ Exposición de Motivos: «Se mantiene el sistema vicarial de cumplimiento de las medidas de seguridad en los casos del internamiento en centro psiquiátrico, en centro de educación especial o —con algunos matices— cuando se impone la medida de inter-

que con el cumplimiento de la medida de internamiento no cabe extinguir más allá de las tres cuartas partes de la pena³⁹, límite que obviamente se relaciona, como se desprende del párrafo segundo, del plazo ordinario ex art. 90 PRCP 2013 para el acceso a la libertad condicional. En definitiva, se busca que, tras el cumplimiento de la medida de internamiento, exista siempre un periodo de libertad controlada, finalidad a la que también apuntan los arts. 104.2.2.º, 104.3.a y, sobre todo, 104.3.b PRCP 2013. Esta última posibilidad —«cuando se cumpla el plazo máximo de duración de la medida de seguridad privativa de libertad que se hubiera impuesto o se decrete su cese, y resulte necesario para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos»— realmente a mi juicio hace innecesaria la limitación al abono establecida en el art. 101 PRCP 2013.

No obstante, el cumplimiento de ese último cuarto de la pena puede quedar pospuesto *sine die* en virtud de las prórrogas ilimitadas de las medidas de internamiento en centro psiquiátrico y centro educativo especial.

b) ESPECIALIDAD DEL CENTRO DE DESHABITUACIÓN

La medida de seguridad de internamiento en centro de deshabitación es de por sí especial respecto a las otras dos; en cuanto sus requisitos, la posibilidad de ser aplicada a personas completamente imputables si media su consentimiento y su duración máxima y limitación de prórrogas.

Para esta medida también se establece un régimen especial de concurrencia, en el art. 101.2 PRCP 2013. Si se trata de una pena grave, superior a 5 años, se cumplirá primero una parte de la pena. Entiendo que con el fin de dar prevalencia a la justificación retributiva o preventivo general de la pena respecto a la mayor eficacia preventivo especial que cabe suponer a la medida de seguridad en este supuesto. *Sensu*

namiento en centro de deshabitación. Es decir, en estos casos, si se imponen simultáneamente una pena y una medida de seguridad (así, en los casos de apreciación de una exigente incompleta de los números 1.º, 2.º o 3.º del artículo 20 del Código Penal), la medida de seguridad se ejecuta en primer lugar, el tiempo de privación de libertad cumpliendo la medida se computa como tiempo de condena, y el resto de la condena se cumple con posterioridad. En realidad, puede renunciarse a la ejecución de la pena restante cuando resulta innecesaria o se pone en peligro el resultado de la medida. En este punto, no existen cambios relevantes con la regulación anterior».

³⁹ Aunque no se contempla expresamente en el PRCP habrá que entender que, al igual que conforme al vigente art. 106.2.º párrafo tercero CP, se cumplirán primero todas las penas privativas de libertad, antes de pasar a ejecutar la libertad vigilada.

contrario, si la pena es menos grave o leve, se cumplirá primero la medida de internamiento en centro de deshabitación.

Para establecer la cuantía de pena que ha de cumplirse en prisión antes de iniciar la medida, el juzgado o tribunal podrá «jugar», en los casos de penas graves, con la duración de la medida de internamiento, que cabe suponer que, con carácter general, se impondrá con una duración de dos años, el máximo posible inicialmente, para determinar el tiempo de pena a cumplir antes de dar inicio a la medida.

c) LIBERTAD VIGILADA Y PENAS

El régimen general es el del art. 101.3.º PRCP 2013: comenzar por la ejecución de la pena, dándose comienzo a la libertad vigilada en los momentos previstos en el art. 104 ter.3.º.

Choca que también en los supuestos del art. 104.2.1.º PRCP 2013: eximente incompleta en relación con los arts. 20.1.º, 2.º y 3.º, en los que parecería más coherente, conforme a la lógica general que informa la propuesta de regulación de las medidas, seguir el sistema vicarial que se mantiene en el art. 101.1.º PRCP 2013.

Dada la especialidad de la configuración de esta medida de seguridad como complementaria y sucesiva a la pena, el PRCP 2013, a diferencia de la deficiente previsión del vigente código penal, ofrece una regulación del régimen de la concurrencia mucho más minuciosa (art. 106 PRCP 2013):

- a) Cuando durante su ejecución sobrevenga una pena de prisión, la libertad vigilada quedará en suspenso hasta que la pena sea extinguida, en cuyo momento se reanudará, salvo que quepa dejarla sin efecto.
- b) Cuando la ejecución de la pena sea suspendida o se alcance la libertad condicional, se dará comienzo a la ejecución de la libertad vigilada en ese momento, con una extraña y quizás innecesaria mixtura de ambas instituciones, por lo menos hasta el límite de tiempo máximo de la suspensión.

III. Problemas de la aplicación y ejecución de las medidas de seguridad

Brevemente, quisiera terminar apuntando que los problemas que concurren en la ejecución de las medidas de seguridad actualmente no se verán sino agravados con la nueva regulación. Estos son, por un

lado, la escasa y deficiente regulación procesal y de la ejecución de las medidas de seguridad, que ya hace tiempo se viene reclamando que necesitan un cuerpo normativo similar al que se establece para la imposición y ejecución de las penas, especialmente la de prisión y, por otro, la alarmante ausencia de medios para su aplicación y ejecución, que, junto con lo anterior, redundan en una considerable merma de garantías para las personas que pueden ser sometidas a medida de seguridad.

Legalmente, la imposición de una medida de seguridad exige (art. 95 CP) que se demuestre la realización de un delito (hecho previsto como delito no justificado) y que «del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos», conforme a «los informes que estime convenientes» el Juez o Tribunal. Sin embargo, la apreciación de la peligrosidad, pronóstico de probabilidad de delinquir⁴⁰, no suele ser en la práctica un elemento sobre el que se realice una especial actividad probatoria, sino que se viene a inferir semiautomáticamente de las condiciones psíquicas del sujeto y del delito realizado. Aunque desde un punto de vista teórico sea criticable, en la práctica así suele actuarse para la utilización de la medida de seguridad como alternativa a la prisión en los casos de semi-imputabilidad (eximente incompleta) o imputabilidad disminuida (atenuante).

Dado que la justificación y legitimación de las medidas de seguridad deriva de sus fines de corrección y aseguramiento, esto es, de la prevención especial, la forma de ejecución de las mismas, su eficacia para la consecución de dichos fines, se debe considerar quizás el aspecto clave de todo el sistema. Por ello la sorpresa es mayúscula cuando se comprueba que en todo el ordenamiento jurídico español no hay sino tres o cuatro preceptos que aluden indirectamente a esta cuestión. La regulación legal de la ejecución es bastante cercana a nada, además de adolecer de una enorme ambigüedad, con lo que conduce a una inseguridad jurídica inadmisibles. Por ello, la doctrina reclama con reiteración una ley de ejecución de medidas paralela a la ley orgánica general penitenciaria.

Una laguna a mi juicio fundamental en la práctica es la ausencia de previsión de emisión de informes sociales respecto al imputado o condenado, como hacía el RD 515/2005⁴¹, aunque rara vez existie-

⁴⁰ O mera posibilidad en el PRCP 2013.

⁴¹ Artículo 28. *Informes requeridos por autoridades judiciales y por el Ministerio Fiscal*. 1. Antes del juicio oral, el juez o tribunal podrá solicitar a los servicios sociales penitenciarios, como prueba documental o pericial, un informe social sobre la situación del imputado. 2. Estos mismos informes podrán ser solicitados por el Ministerio Fiscal en el

ran, y eliminada por el RD 840/2011. Éste sería un instrumento de enorme utilidad para que el juzgado o tribunal tomara una decisión informada respecto a la imposición de medidas de seguridad o determinación del contenido de la libertad vigilada, facilitando también la ejecución.

Por otro lado, las medidas de seguridad padecen con especial intensidad un problema general del sistema penal español, una imprevisión y ausencia de medios financieros, personales y materiales que denotan un evidente desinterés por la ejecución de las penas y medidas. Si en las penas de prisión la carencia de medios es una palmaria causa de vulneración de derechos fundamentales, en las medidas de seguridad privativas de libertad y en las medidas de seguridad no privativas de libertad, la ausencia de previsiones materiales las hace difícilmente aplicables.

Si unimos la falta de medios a disposición de los jueces y tribunales con la ausencia de una regulación legal mínima, el resultado es el de una especie de orfandad de los jueces y tribunales, con lo que la aplicación de medidas de seguridad en nuestro ordenamiento jurídico es de una relevante precariedad e improvisación.

El Código penal no regula en qué instituciones, establecimientos o recursos deben ejecutarse las medidas privativas de libertad. El PRCP 2013 ya ni siquiera se refiere a «establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie» o «centro de deshabitación público o privado debidamente acreditado u homologado».

Llama la atención sin embargo que el art. 98.3.º (al que se remite también el 99.2.º) recoja una «propuesta de la Junta de Tratamiento», no solo para la medida de internamiento en centro psiquiátrico, sino también para la de centro educativo especial, de lo que se deduce que, sin regularlo, el legislador asume con total naturalidad que las medidas de seguridad de internamiento se seguirán cumpliendo como hasta ahora simplemente en un centro penitenciario ordinario (excepcionalmente en un psiquiátrico penitenciario, que, como es sabido, es más un centro más penitenciario que psiquiátrico).

El Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitencia-

curso de sus diligencias o investigaciones. 3. Asimismo, una vez recaída sentencia, la autoridad judicial podrá solicitar los informes a los que se refieren los apartados anteriores, a los efectos de revisión de medidas, concesión de suspensión de condena, sustitución de penas o adopción de cualquier otra resolución judicial que se entienda requiere tener conocimiento de la situación social del penado o sometido a medida de seguridad.

rio, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas, prevé que las medidas de seguridad se cumplirán en los centros adecuados, públicos o concertados de las Administraciones públicas competentes por razón de la materia y del territorio, siendo competencia de la Administración penitenciaria la ejecución de las medidas privativas de libertad de internamiento en establecimiento o unidad psiquiátrica penitenciaria. Respecto a la libertad vigilada posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad será competencia de la Administración Penitenciaria, la cual, antes de finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad y a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria, elevará a éste un informe técnico sobre la evolución del penado, a los efectos previstos en el artículo 106, párrafo 2, del Código Penal. El referido informe será elaborado por la Junta de Tratamiento, u órgano autonómico equivalente, del Centro Penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional.

La LOGP y el Reglamento Penitenciario 1996 obligan a la Administración penitenciaria a crear los recursos o de otro modo ponerlos a disposición de jueces y tribunales (véanse art. 1, 8 y 11 LOGP). Sin embargo, la carencia de recursos de la Administración penitenciaria en esta materia es patente, sobre todo en relación con los establecimientos psiquiátricos. Sólo existen dos Unidades Psiquiátricas Penitenciaria en todo el territorio de la SGIIPP, los de Sevilla y Alicante, en los que por otra parte se reconoce no contar con el personal médico suficiente y adecuado, dada la preeminencia del fin custodial. Sin duda, la dejación en este ámbito obliga a los jueces y tribunales a procurar otros recursos para la ejecución de medidas en centros más adecuados a los trastornos mentales de los sometidos a medida y más cercanos al lugar de residencia.

Los arts. 182 y 183 RP establecen, respectivamente, que la Administración penitenciaria celebrará los convenios necesarios para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad y que los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias son los centros destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad. Si bien el RP impone la obligación a la Administración penitenciaria de contar con los recursos adecuados y suficientes en esta área, ello no significa *sensu contrario* que las medidas de seguridad sólo puedan ejecutarse en centros dependientes de la Administración penitenciaria, como tampoco ocurre en la práctica.

Para Sánchez Yllera los internamientos en centros psiquiátricos sólo deben ejecutarse en psiquiátricos penitenciarios cuando los recur-

sos extrapenitenciarios sean absolutamente incapaces de garantizar la función asegurativa. Los centros psiquiátricos penitenciarios «son cárceles y no hospitales» (véanse SSTs 159/1985 y 23/1986 citadas por el autor).

De la regulación legal se desprende por tanto la posibilidad de ejecución tanto penitenciaria como extrapenitenciaria de las medidas de internamiento en centro de deshabitación y de educación especial y puede estimarse conforme a derecho y más adecuada desde varios puntos de vista la ejecución de los internamientos psiquiátricos en recursos extrapenitenciarios.

La situación es aún peor en las medidas no privativas de libertad. No existe ninguna otra referencia en la legislación penal, procesal y penitenciaria aparte de las mencionadas del art. 105 CP. El art. 106 nada se dice sobre la ejecución material de la medida de libertad vigilada.

El PRCP 2013 sí introduce algunas previsiones. Así, el art. 104 bis se refiere a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas previstos en el RD 840/2011 o servicios de la administración que se determine y servicio competente de la administración penitenciaria. Otras obligaciones y condiciones de la libertad vigilada serán ejecutadas por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Pero sigue quedando la yerma indefinición de en qué recursos se ejecutarán los programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares, de deshabitación, de control de consumo y tratamiento ambulatorio. Y entre otros problemas si son gratuitos o no para los penados.

Por supuesto ninguna previsión de medios materiales y personales a disposición de los jueces y tribunales sentenciadores o de los juzgados de vigilancia penitenciaria. En definitiva, terreno abonado para la improvisación, arbitrariedad e ineficacia.

Por otro lado, la Memoria de impacto que acompaña al PRCP 2013 es inasumible y poco creíble, al afirmar que las modificaciones en materia de seguridad no comportarán un incremento de gasto público, dado que no supondrá un aumento de la población penitenciaria. El incremento de la aplicación de medidas de seguridad, sobre todo en el caso de la libertad vigilada —que se convierte ya ahora, una vez que el pre-legislador socialista abrió la puerta en 2010, en una medida post-pena de aplicación casi generalizada a un número extenso y arbitraria y discriminatoriamente definido de delitos— necesariamente va a suponer una necesidad de disponer de los recursos precisos para ejecutarla y que cumpla sus fines de aseguramiento, vigilancia y de corrección. Especialmente importante es contar con personal capacitado y

suficiente para mantener unas ratios adecuadas de profesional-sometido a libertad vigilada, so pena de abocar la medida al fracaso y a una futura «superación» del mismo por el incremento del recurso a la custodia de seguridad. La STEDH de 18 de septiembre 2012 (James, Wells and Lee vs. UK) hace hincapié en este aspecto, condenando a Reino Unido por la falta de un estudio adecuado de los medios necesarios para la aplicación de las condenas indeterminadas para la protección de la ciudadanía.

Bibliografía

- Álvarez García, dir. y Dopico Gómez-Aller, coord. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal «Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012», celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013. Tirant lo Blanch, 2013.
- Barrios Flores, L.F. «El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012. Incidencia sobre infractores penales con anomalías o alteraciones psíquicas». *La Ley* (3 de abril 2013): 9 y ss.
- Boldova Pasamar, M.A. «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada». *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 7 (2010). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Bustos Ramírez, J. *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4.ª edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1994.
- Etxebarria Zarrabeitia, X. «Las medidas de seguridad como instrumento de reinserción». *Revista SEPIN* (septiembre 2010).
- Etxebarria Zarrabeitia, X. «Medidas de seguridad y su ejecución». En *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal «Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012», celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013. Tirant lo Blanch, 2013.
- Frisch, W. «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal». *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* (2007). Barcelona.
- García, J. y J. Sánchez Isidoro. «Aplicación de medidas de seguridad en supuestos de drogadicción (Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2000)». *Cuadernos de Política Criminal* (2000): 439-475.
- González Rus, J.J.: «Art. 6». En *Comentarios al Código penal*. T. I, editado por M. Cobo del Rosal, 207-269. Madrid, 1999.
- Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 11 de octubre de 2012 de 13 de enero de 2013.

- Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 11 de octubre de 2012.
- Informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 11 de octubre de 2012.
- Jorge Barreiro, A. «Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho». En *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 567-586. 2005.
- «Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado». En *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, 599-660. 2010.
- Lascurain Sánchez, J.A. «Por un derecho penal sólo penal: derecho penal, derecho de medidas de seguridad y derecho administrador y sancionador». En *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 587-626. 2005.
- Leal Medina, J. «Las medidas de seguridad como consecuencias jurídicas del delito. Análisis histórico, concepto, naturaleza y comentario acerca de las medidas previstas en el Código penal». *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 249 (2002): 49-87.
- Luaces Gutiérrez y Vázquez González. «Estados peligrosos y medidas de seguridad complementarias a la pena». En *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, coordinado por Raquel Castillejo Manzanares y María Jesús Sande Mayo, 105-154. 2012.
- Marambio Avaria, A. *Ponencia presentada al Congreso de Profesores de Derecho Penal «Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012»*, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013. 2013.
- Molina Blázquez, C. «Las medidas de seguridad». En *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: estudio práctico*, 171-190. 2005.
- Polaino Navarrete y Polaino Orts. «¿Medidas de seguridad “inocuidadoras” para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad». *Actualidad Penal* (2001): 897-923.
- Pujol i Camacho. «El cumplimiento de las medidas de seguridad en los psiquiátricos civiles: problemática actual». En *Las penas en el Código Penal de 1995*, 215-224. 1999.
- Sanz Morán, A.J. *Medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*. Valladolid: Lex Nova, 2003.
- San Morán, A.J. «Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad». En *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 969-980. 2005.
- Sanz Morán, A.J. «Medidas de seguridad: régimen general (arts. 96.3.º, 97, 98, 103.3.º y 105)». En *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, dirigido por Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac, 39-146. 2010.
- Silva Sánchez, J.M. *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: José María Bosch, 1997.

- Urruela Mora, A. «Los principios informadores del derecho de medidas en el Código penal de 1995». *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 8 (2001): 167-194.
- Zugaldía Espinar, J.M. «La aplicación de medida de seguridad a drogodependientes en los casos no previstos expresamente en la ley (atenuante de grave adicción a drogas y atenuante analógica de drogadicción)». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año VII, n.º 288 (3 de abril 1997): 1-3.
- Zugaldía Espinar, J.M. «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 1 (2009): 199-212.

La expansión de la libertad vigilada y el vaivén de la custodia de seguridad en el Proyecto de 2013

Ignacio José Subijana Zunzunegui

Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa

I. Orientaciones de la política penal: del modelo reeducador al modelo inocular

El Derecho Penal ha evolucionado influenciado, fundamentalmente, por los conocimientos ofrecidos por determinadas ciencias respecto al delincuente y la víctima (básicamente, la criminología y la victimología), las necesidades de tutela de determinados valores colectivos o comunitarios (especialmente, los intereses supraindividuales) y las exigencias de determinadas ideologías de paulatino predicamento (esencialmente, las que fomentan la sustitución del modelo reintegrador por el modelo inocular).

La idea de peligrosidad, vinculada, en algunos planteamientos, a la rotulación como desviado de quien padece algún tipo de anomalía o trastorno y al eco mediático de sucesos violentos gravemente deletéreos, nutren las propuestas legislativas que hacen de la idea de seguridad su razón justificativa y de la implantación de marcos de custodia su filosofía operativa¹. La consideración de la seguridad como un derecho

¹ El discurso de los medios de comunicación alienta una corriente retribucionista que asigna a las penas un componente básicamente aflictivo al estimar que la justicia penal es excesivamente tolerante con el delito. Su indiscutible impacto social facilita la eclosión y afianzamiento del populismo punitivo, estrategia política que, con claros réditos electorales, trata de atribuir al derecho penal el protagonismo exclusivo en la respuesta a toda demanda de seguridad. J. I. Echano, «La política criminal securitaria en la reforma penal de 2010», *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, segunda época, vol. 52, n.º 2 (2010): 179-180. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto. M. García Arán, «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático». En *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*, dir. por F. Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 90. Se ha dicho, incluso, que la moderna política criminal se traduce en el plano normativo en una renacida ideología de defensa social sustentada en las ideas de peligrosidad y seguridad, J.L. González Cussac, «Delitos de seguridad», *Estudios de Derecho Judicial*, 138 (2007): 50.

fundamental, como una manifestación específica de la denominada estructura discursiva de las emergencias², ha provocado que los principios político-criminales dejen de concebirse como el fundamento de derechos reaccionales frente al Estado (que conllevan deberes de abstención), para percibirse como el sustrato de derechos a la seguridad (a los que corresponden deberes de protección por parte del Estado³). De esta forma se sustituye la seguridad en los derechos por el derecho a la seguridad. De ahí que el Derecho de medidas de seguridad sea uno de los ámbitos en los que es más visible el tránsito del modelo penal garantista al modelo penal de la seguridad⁴.

Su progresiva implantación obedece a la siguiente secuencia: se define legalmente la peligrosidad mediante el establecimiento de grupos de riesgo y, posteriormente, se determina que la mera pertenencia a cualquiera de estos grupos de riesgo conlleva la peligrosidad del integrante. En otras palabras: se definen grupos de riesgo, se concluye que la persona que ha cometido un ilícito penal forma parte de alguno de ellos y, finalmente, se infiere, tomando como premisas la comisión de un delito y la pertenencia a un grupo de riesgo, que la referida persona cometerá en el futuro nuevos delitos, lo que justifica la afirmación de que existe un estado de peligrosidad criminal postdelictual. Esta presunción legal de peligrosidad —que constituye la traducción en el plano normativo de la consideración del autor de determinados ilícitos penales como fuente de peligro para la sociedad— viene acompañada por una eclosión de los objetivos de inoquización o aseguramiento⁵, en detrimento de los fines de tratamiento o curación, así como por una acumulación de las penas y medidas de seguridad acudiendo a un dualismo rígido que, en muchas ocasiones, conduce a sanciones severamente aflictivas de difícil convivencia armónica con las exigencias de la proporcionalidad punitiva.

² E. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar, *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediat, 2006, p. 200 indican que esta estructura discursiva es una manifestación específica del Derecho penal no pensante, aquél que trata de solventar de forma irracional, despiadada o vindicativa la función de protección de bienes jurídicos que le compete.

³ J.M. Silva Sánchez, «La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto», *La Ley*, 7464 (2010): 3.

⁴ J.L. Díez Ripollés, *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 125.

⁵ J.L. Ramírez y J.A. Rodríguez, «Fin de trayecto: custodia de seguridad, libertad vigilada y prisión permanente revisable, en el anteproyecto de reforma del Código Penal», *Revista Jueces para la Democracia*, 76 (2013): 54. E. Zaffaroni, «Las pulsiones vindicativas del sistema penal (I) y (II)». En *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires, 2011, pp. 501 y ss.

A la génesis de la política penal de seguridad ha contribuido, en el plano científico, la consolidación de determinadas concepciones criminológicas del delito y, en el plano social, la percepción comunitaria de la violencia a través de la lectura de acontecimientos delictivos de extrema violencia realizada por los medios de comunicación social⁶.

En el campo criminológico, las teorías de contenido rehabilitador han cedido terreno a un abanico de teorías ancladas en la estricta responsabilidad individual. La rehabilitación o resocialización tiene sentido cuando se parte de dos premisas complementarias: el delito denota un déficit de socialización que apunta a una cierta responsabilidad por omisión del Estado; el infractor es una persona dotada de libertad para protagonizar un cambio vital. Por lo tanto, el Estado, como Estado social, asume como cometido propio de la sanción una estrategia rehabilitadora que puede llevar a quien cometió un delito a llevar una vida sin delitos.

Las teorías estrictamente individuales entienden que el delito es un acto de la exclusiva responsabilidad de quien lo comete, sin contribución etiológica del Estado o la comunidad, razón por la cual el papel de los poderes públicos es estrictamente preventivo o inocuidador⁷. En el campo preventivo destacan las teorías criminológicas de la vida cotidiana y de elección racional (llamadas también criminologías actariales). Entienden que el delito es un hecho cotidiano cometido por un delincuente racional. Consecuentemente, de lo que se trata es de calcular los riesgos de delito e incidir en los factores que el potencial delincuente tiene en cuanto a su análisis de coste-oportunidad, adop-

⁶ Mucho interés, a este respecto, tiene el examen de las actitudes punitivas (expresión de los puntos de vista de los miembros de la sociedad sobre los contornos y el grado de intervención penal que consideran necesario), el miedo al delito (temor de los ciudadanos a ser personalmente víctimas de la delincuencia) y la inseguridad ciudadana (miedo al crimen en abstracto, inquietud respecto al delito como problema social). Véase, C. San Juan, A.I. Vergara y L. Vozmediano, «Problemas de medición del miedo al delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-07 (2008): 2 y ss., Granada, 2008, y L. Vozmediano, «Percepción de inseguridad y conductas de autoprotección: propuestas para una medición contextualizada del miedo al delito», *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 24 (2010): 204 y ss. Estas distinciones confieren sentido a la distinción entre la inseguridad y percepción de inseguridad, diferencia clave en la delimitación de las estrategias político-criminales que fijan los objetivos de la tutela penal. J.M. Paredes, «La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal», *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 20 (2006): 132-133, San Sebastián.

⁷ Estas concepciones propugnan un Estado mínimo en el orden económico (salvo en los casos crisis, para atemperar los conflictos comunitarios que surgen cuando se produce un debilitamiento significativo de los patrones de supervivencia vital de las personas) y un Estado máximo en la lucha contra el delito.

tando medidas desincentivadoras tendentes a reducir la ocasión de cometer un delito. Cuando la prevención falla y el delito se comete es preciso implementar una estrategia de estricta contención o aseguramiento. Aquí anida el sustrato conceptual de las teorías criminológicas de la identidad (el delincuente es un ser peligroso que actúa maximizando sus beneficios) o de la alienación (el infractor es un ser que debe ser alejado o contenido) que contemplan el delito como un hecho excepcional cometido por un ser anómalo. Se traza, por lo tanto, una línea divisoria entre el «nosotros» (ciudadanos que no delinquen) y «ellos» (los que tienen tendencia a delinquir). De esta forma, se sacrifica el ideal de la rehabilitación por los paradigmas de la protección, el aseguramiento y el control⁸. El objetivo público no es reeducar para llevar una vida sin delito sino neutralizar al infractor creando espacios de custodia públicos que permitan un control continuo del individuo⁹. De esta forma, la inocuización garantiza la reducción de los efectos del delito sobre la sociedad sin alternar ni el contexto social ni las condiciones ambientales o personales del delincuente¹⁰.

De esta manera se produce una reevaluación de las estrategias de criminalización y sanción. En la tipificación, se califican como delitos conductas que constituyen una mera infracción formal de las reglas que ordenan determinados comportamientos que tienen lugar en la vía pública, (buscando, con ello, un estado de tranquilidad ciudadana fundado en la aparente paz de los espacios por los que transita), y actitudes que ponen en tela de juicio la vigencia de determinadas políticas administrativas de contención (por ejemplo, el tratamiento penal de la inmigración irregular). En la reacción, se sustituyen las estrategias resocializadoras (que tienen como premisas la distinción entre la persona y el hecho —existe una infracción, no una persona infractora— y la reversibilidad de lo humano —el que comete una infracción puede desarrollar su vida futura sin delinquir—) por las respuestas inocuizadoras (existen criminales, no hechos criminales, y los mismos son irrecuperables). Esta cosmovisión sirve de aliento a una filosofía punitivista que enfatiza como objetivos prioritarios del sistema penal sancionador

⁸ V. Gómez Martín, «Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal». En *Política Criminal y reforma penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007, p. 70.

⁹ P. Faraldo, «Estrategias actuariales en el control de la violencia de género». En *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 746.

¹⁰ El objetivo es aislar de la sociedad al infractor todo el tiempo que sea posible, demorando, de esta manera, su reincorporación comunitaria en términos dúctiles al riesgo de recidiva. B. del Rosal, «¿Hacia el Derecho Penal de la postmodernidad?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-08 (2009): 40, Granada.

el castigo, la incapacitación del infractor y la protección de la comunidad¹¹.

En muchas ocasiones (dejamos fuera del análisis los delitos por convicción, sobre todo los de naturaleza fanática, y los cometidos por personas con anomalías de personalidad resistentes a las pautas terapéuticas), esta fagocitación de la resocialización por la inocuización obedece a una concepción ideológica determinada de lo público: aquella que concibe el Estado como mera estructura institucional portadora de seguridad (el Estado policial) y no como sistema dinamizador de servicios indispensables para el mantenimiento de una mínima calidad de vida (educación, sanidad, servicios sociales). Junto a ello, y amparándose en la capacidad de penetración de los círculos mediáticos, se promueve un Derecho Penal simbólico que trata de impresionar a la colectividad más que proteger a sus integrantes¹². Se pretende, por lo tanto, que el Estado protagonice una respuesta rápida que conecte emocionalmente con el gran público (mostrando solidaridad con las víctimas del delito y con el miedo del público al delito), siendo irrelevante si la reacción pública es eficaz a medio plazo¹³.

Es más, estas concepciones criminológicas han permitido que en el orden dogmático se haya defendido la existencia de un Derecho Penal de varias velocidades, cada uno de ellos sujeto a un régimen de garantías distinto. El Derecho Penal de primera velocidad tendría como referente los delitos de lesión de intereses inherentes al ser humano, como la vida, la libertad y el patrimonio. Este Derecho estaría sujeto a un régimen de garantías máximo, dado que su régimen sancionador se articularía sobre sanciones penales privativas de libertad. El Derecho Penal de segunda velocidad se circunscribiría a los delitos de peligro de intereses supraindividuales o colectivos, como la seguridad del tráfico, la salud pública, la seguridad laboral y la ordenación medioambiental. Tendría un régimen de garantías atenuado y, como contrapartida, el régimen sancionador excluiría las sanciones privativas de libertad. El Derecho Penal de tercera velocidad se ceñiría a las infracciones cometidas por sujetos que mantienen una actitud de permanente rebeldía u hostilidad contra el sistema social, que se manifiesta a través de actitudes

¹¹ E. Larrauri, «La economía política del castigo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-06 (2009): 2, Granada.

¹² I.J. Subijana: «La violencia en la relación de pareja: la protección de las víctimas en el sistema institucional de Justicia». En *Predicción del riesgo de homicidio y de violencia grave en la relación de pareja*. Valencia: Centro Reina Sofía, Serie Documentos, 15, 2009, p. 115.

¹³ V. Gómez Martín, Víctor, cit., p. 65.

(delincuentes habituales) o mediante la comisión de hechos graves (terrorismo, tráfico de drogas, criminalidad organizada). En estos casos el orden punitivo se manifiesta con penas draconianas que tratan de comunicar que el Estado no trata de sancionar a un infractor sino de estigmatizar o excluir a un enemigo¹⁴. Por ello, el régimen de garantías es mínimo, dado que tiene como destinatario a personas que han abandonado el derecho (no-ciudadanos¹⁵).

Este devenir político-criminal, que conduce de los modelos rehabilitadores a los modelos asegurativos, se caracteriza por la presencia progresiva de dos criterios:

- El abandono de criterios clínicos o científicos para definir la peligrosidad, sustituyendo los mismos por la determinación estadística del riesgo o la introducción de una presunción normativa de peligrosidad.
- La presencia de estructuras sancionadoras que carecen de un fundamento rehabilitador, terapéutico o formativo para alcanzar la prevención especial, y persiguen que el objetivo de prevención individual se obtenga con técnicas neutralizadoras.

Estas características pueden atisbarse, sin ambages, en el cambio operado en el tratamiento normativo de las medidas de seguridad. En el Código Penal de 1995 las medidas de seguridad eran concebidas como un remedio jurídico frente a sujetos que, habiendo cometido un ilícito penal, tenían excluida o limitada su capacidad de culpabilidad pero, sin em-

¹⁴ F. Muñoz Conde, «La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del enemigo», *Estudios de Derecho Judicial*, 128 (2007): 16.

¹⁵ También han alcanzado predicamento las doctrinas de lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor. Son teorías que han obtenido vigor en el marco de la llamada justicia de transición o de superación del pasado a través de instrumentos jurídicos. Propugnan la idea de justicia como derecho de las víctimas al castigo que merecen los autores, relativizando la idea de proceso debido entendida como derecho de los imputados a ser tratados de modo igualmente respetuoso sea cual sea la intensidad de las sospechas que recaigan sobre ellos. En España, a la víctima se le considera titular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales (artículo 24.1 CE). Sin embargo, tal y como ha destacado la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 218/2007 y 9/2008), «(...) la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, como persona agraviada, no obliga al Estado, como único titular del *ius puniendi*, a castigar en todo caso, pues la Constitución no otorga a los ciudadanos un pretendido derecho a obtener condenas penales (...)», razón por la cual «(...) en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi*, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado».

bargo, presentaban una peligrosidad criminal¹⁶. La reforma introducida por la LO 5/2010 de 22 de junio contempló, por primera vez, la aplicación de medidas de seguridad a sujetos imputables para su cumplimiento tras la extinción de la pena asignada conforme a la culpabilidad por el injusto cometido, si el ilícito cometido era un delito de terrorismo o un delito contra la libertad e indemnidad sexual¹⁷. Y además lo hizo conforme al esquema de los delitos odiosos: implementando una presunción legal de peligrosidad del sujeto que comete determinados injustos penales¹⁸. Por lo tanto, tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, las medidas penales constituyen una sanción penal que cabe imponer a los inimputables o semiimputables que presentan una peligrosidad criminal postdelictual —artículos 6 y 95 del Código Penal— así como a los imputables calificados legalmente como peligrosos —artículo 106.2 del Código Penal¹⁹—. Ade-

¹⁶ Un análisis de la regulación de las medidas de seguridad en el CP 1995, A. Jorge Barreiro, «Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado», *Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º 0 (2012): 148 y ss.; J. Silva Sánchez, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 37 y ss.; A. Sanz, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*. Lex Nova, 2003, pp. 189 y ss.; A. Urruela, *Las medidas de seguridad reinserción social en la actualidad*. Granada: Comares, 2009, pp. 257 y ss.

¹⁷ Surge, por lo tanto, la figura del sujeto imputable criminalmente peligroso caracterizado por ser una persona que con plena capacidad de culpabilidad comete un delito, apreciándose en él la probabilidad de que cometa en el futuro nuevos delitos. Se trata, por lo tanto, de personas que siendo portadoras de las características que legitiman la imposición de una pena —son culpables—, son, además, portadoras de la característica que justifica la imposición de una medida de seguridad —la peligrosidad criminal—. Así, E.J. ARMAZA: *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, 125, Comares, Granada, 2013, p. 65.

¹⁸ Si a la imposición imperativa de la libertad vigilada por un plazo de diez años para los sujetos imputables que han cometido un delito de terrorismo o un delito contra la libertad e indemnidad sexual cuya peligrosidad es legalmente presumida se le añade la posibilidad, desde la LO 7/2003, del cumplimiento efectivo de una pena de 40 años, la respuesta penal debe tildarse de desproporcionada. Así, A. Jorge Barreiro, «Reflexiones sobre la problemática...», cit., p. 194 y A. Alonso, «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del derecho penal de la peligrosidad)», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009): 107 y ss.

¹⁹ Un análisis del itinerario legislativo que llevó a su aprobación, A. Urruela: «Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada», I. Ortiz de Urbina, coord., *Reforma Penal Ley Orgánica 5/2010*. Madrid: Memento Lefebvre, 2010, pp. 652 y ss. Un examen de su contenido: M. Acale, «Libertad vigilada». En *Comentarios a la reforma penal de 2010*, dir. por F.J. Álvarez y J.L. González Cussac. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 148 y ss.; A. Sanz, «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político criminal». En *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, dir. por R. Rebollo y F. Tenorio. Bosch, 2013, pp. 483 y ss. R. García Albero, «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6 (2010): 184 y ss. Aranzadi-Thomson Reuters; I.J. Subijana, «El

más, el modelo político-criminal que justifica la imposición de una medida de seguridad es radicalmente disímil según se trate de personas con la capacidad de culpabilidad excluida o limitada o de sujetos con plena imputabilidad. En el supuesto de imputables, la peligrosidad criminal se determina normativamente pues la ley entiende que se encuentra presente la misma cuando el sujeto declarado imputable en sentencia —y, por ello, condenado a una pena por haber cometido un delito de forma culpable— ha sido declarado responsable de la comisión de un delito de terrorismo o de un delito contra la libertad o indemnidad sexual. Es esta presunción legal *iuris et de iure* de peligrosidad lo que determina que en estos casos el artículo 106.2 del Código Penal estipule que el «el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada». En otras palabras: en las medidas de seguridad para inimputables o semiimputables el Juez o Tribunal desarrolla una actividad jurisdiccional de fijación o determinación —pues crea el estado jurídico de peligrosidad a partir de las premisas legales—; para imputables, sin embargo, el Juez o Tribunal declara el estado jurídico de peligrosidad definido normativamente²⁰. En este punto, se detecta un tránsito del modelo rehabilitador —la medida de seguridad precisa una peligrosidad criminal definida judicialmente a la luz de la prueba practicada en el juicio— al modelo incoizador —la medida de seguridad se vincula a un estado de peligrosidad que la ley estima existe cuando el sujeto activo ha sido condenado por delitos de terrorismo o delitos sexuales—²¹. La única excepción a la implan-

sistema penal: su legitimidad axiológica, contextual y teleológica», *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 25 (2011): 177 y ss. y J.M. Zugaldia, «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 1 (enero 2009): 199 y ss.

²⁰ En el caso de inimputables o semiimputables las medidas de seguridad se imponen a los sujetos que, en la comisión de un delito, se muestren incapaces de comprender la ilicitud de sus hechos, o, comprendiéndolos, no son capaces de comportarse de acuerdo a dicha comprensión y respecto de los cuales concorra de forma simultánea un pronóstico de reiteración posterior de hechos constitutivos de delito. Cuando se trata de imputables, se tiene en consideración que se trata de sujetos que han cometido un delito concreto y, sobre los cuales, se presume *ex lege* su peligrosidad criminal. M. Acale, *Mediación a la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*. Aranzadi, 2010, pp. 160-161. Ello supone, una inadmisibles presunción de peligrosidad criminal. A. Sanz, «La nueva medida...», cit., p. 212, y J. Terradillos, «¿Qué defender? Derecho de defensa y derecho penal sustantivo». En *Derecho Penal, Constitución y Derechos*. Bosch, 2013, p. 642.

²¹ M. Acale afirma que la libertad vigilada para imputables constituye una manifestación del Derecho Penal del enemigo, dado que al delincuente terrorista y sexual se le considera los mayores enemigos del sistema y por ello se presume *ex lege* que van a volver a delinquir una vez recuperen la libertad de la que han estado privados durante un largo período de tiempo. Así, *Mediación a la respuesta*, cit, p. 203.

tación del modelo inocuidador en la medida a cumplir después de la pena de prisión cuando se trata de delitos que atribuyen a su autor la consideración de peligroso —es decir, delitos de terrorismo y delitos sexuales—, se produce cuando el penado sea primario²² y el delito cometido —que debe ser único— sea menos grave. En tal caso, los artículos 192.1 y 579.3 del Código Penal permiten que el Juez o Tribunal no imponga la medida de libertad vigilada en atención a su menor peligrosidad.

Como, por desgracia, suelo ocurrir, dada la comprobada capacidad expansiva de lo inicialmente calificado como excepcional, lo que la mentada reforma configuraba como extraordinario —la aplicación cumulativa de la pena y la medida de seguridad conforme al dualismo rígido—, el proyecto de reforma del Código Penal, que se tramita en sede parlamentaria, lo convierte en ordinario. El informe al Anteproyecto elaborado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su sesión de 16 de enero de 2013 afirma que es una reforma que implanta de manera decidida los postulados del llamado Derecho penal de la peligrosidad, senda que ya había sido iniciada por la LO 5/2010. En concreto, el proyecto legislativo estima que las medidas de seguridad, además de para los sujetos inimputables y semiimputables, son adecuadas, también, para los sujetos imputables que sean peligrosos, al estimar, para los referidos sujetos, insuficiente la pena por la culpabilidad por el hecho delictivo cometido. A mi juicio, la convergencia de una acumulación de la pena y la medida de seguridad, con una imposición de la medida vinculada a presunciones legales de peligrosidad o a declaraciones judiciales de la misma con perfiles significativos de incertidumbre, provoca una justificada sensación de desmesura punitiva.

II. Las medidas de seguridad en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013

El itinerario iniciado por la LO 5/2010 de 22 de junio en la reubicación de las medidas de seguridad en el sistema de sanciones penales trata de ser consolidado y culminado con el Proyecto de Ley Orgánica

²² En la reforma no se define qué se entiende por delincuente primario cuando se trata de discernir si procede la imposición de la medida de libertad vigilada. A nuestro juicio, no es primario el delincuente que ha sido previamente condenado en sentencia firme por un delito del mismo Título y naturaleza que el cometido, siempre que los antecedentes derivados de tal condena no estén cancelados o sean cancelables. Así, F.A. Cadena, «La reforma de la Parte General del Derecho Penal en la LO 5/2010», *Revista Jueces para la Democracia*, 70 (2011): 54.

por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, PRCP), publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, el día 4 de octubre de 2013. En tales términos se pronuncia la propia Exposición de Motivos cuando afirma que, con la profunda reforma de las medidas de seguridad que se pretende, se culmina la evolución hacia un sistema dualista de consecuencias penales que tímidamente se había iniciado con la LO 5/2010 de 22 de junio. El sistema dualista que se propugna pretende, sigue mentando la referida Exposición de Motivos, la nítida distinción y separación entre penas y medidas de seguridad. De esta manera, concluye, se consigue el objetivo político-criminal pretendido: que el delincuente imputable y peligroso tenga una pena acorde con la culpabilidad por el hecho delictivo cometido y, además, una medida de seguridad por la peligrosidad detectada. Además, y esta es la segunda modificación relevante que se introduce, la medida de seguridad se fijará en proporción a la peligrosidad del penado, eliminando, por lo tanto, el límite de la duración de la pena prevista para el delito cometido²³. Por lo tanto, se produce un severo incremento del rigor punitivo, dado que al sujeto imputable peligroso se le impondrá, de forma cumulativa, una pena y una medida de seguridad y, además, esta última no estará limitada por la duración de la pena asignada por la ley al delito cometido. Y este sistema se vertebra sobre un concepto, el de peligrosidad criminal, que definido legalmente como la probabilidad de comisión de nuevos delitos —artículo 95.1.2. PRCP— se funda en un pronóstico de comportamiento futuro deducible del delito cometido y de las circunstancias personales del autor²⁴. Esta prognosis precisa,

²³ Y ello se hace a través de la modificación del artículo 6.2 que, de convertirse en ley el proyecto, quedaría redactado como sigue: las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor. El precepto es sumamente criticable en su redacción. Así, parece una muestra del denominado derecho preventivo, una de cuyas manifestaciones más explícitas es la instauración de las medidas de seguridad predelictuales. Estas, en principio, están excluidas del Código Penal, conforme a lo dispuesto en el artículo 95.1.2.º. Sin embargo, ¿cómo es posible prevenir la peligrosidad, es decir, evitar la misma, cuando la misma ha sido ya declarada a partir de la previa comisión de un delito y el examen de las circunstancias del autor? Parece más razonable sostener que lo que la medida de seguridad pretende es, cuanto menos, contener, y, cuanto más, neutralizar el riesgo de recidiva.

²⁴ Predecir un fenómeno futuro es una tarea compleja que requiere conocer qué factores predictores se asocian a determinado comportamiento. La estrategia más utilizada para predecir el comportamiento delictivo futuro es acudir a un diagnóstico que pondere la capacidad criminal y la inadaptación social. Sin embargo, en el plano clínico, Andrés-Pueyo mantiene que la peligrosidad es un concepto obsoleto y de poca utilidad pronóstica. Por ello, propugna su sustitución por la valoración del riesgo, cambiando la expresión «delin-

para tener fundamento científico, de informes criminológicos²⁵ emitidos por personas cualificadas en la materia, lo que conlleva un auxilio técnico del que, de forma mayoritaria, se encuentran ayunos los jueces y tribunales del orden penal²⁶. De ahí que, a falta de ciencia, fluya lo intuitivo²⁷ y, en esta sede, las tendencias de defensa social favorezcan dinámicas jurisdiccionales que vinculen la peligrosidad a la gravedad del delito cometido —sobre todo en los casos de «crímenes odiosos²⁸»—.

cuenta peligroso», que focaliza el interés en un atributo personal, por la de «delincuente de alto riesgo», que pone el acento en un estado específico, distinguiéndose si la consideración predictiva se realiza sobre un delito grave o no grave. A. Andrés-Pueyo, «Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico». En *Neurociencias y Derecho Penal*, dir. por E. Demetrio y coord. por M. Moroto. Buenos Aires: B de F, 2013, pp. 484, 486 y 495 y ss. En el plano jurídico penal, García Rivas ha puesto de manifiesto que, incluso acudiendo a métodos científicos, el concepto de peligrosidad se basa en la idea de probabilidad, y, consecuentemente, tiene una nota de incertidumbre insoslayable. Por ello, llega a afirmar que si exigiéramos en la aplicación de las medidas de seguridad las mismas garantías probatorias que en el Derecho penal de la culpabilidad, el principio *in dubio pro reo* obligaría a eximir de ellas a un buen número de sujetos. N. García Rivas, «La libertad vigilada y el Derecho Penal de la peligrosidad», *Neurociencias y Derecho Penal*. En *Neurociencias y Derecho Penal*, dir. por E. Demetrio y coord. por M. Moroto. Buenos Aires: B de F, 2013, p. 615. En el mismo sentido, Quintero sostiene que el juicio de peligrosidad continúa ofreciendo una alta dosis de irracionalidad. G. Quintero, «Monismo y dualismo. Culpables y peligrosos». En *Neurociencias y Derecho Penal*, dir. por E. Demetrio y coord. por M. Moroto. Buenos Aires: B de F, 2013, p. 656.

²⁵ De forma pacífica se admite doctrinalmente que la peligrosidad es un concepto criminológico en el que el Juez o Tribunal en función de ciertos datos (personalidad, propensión a ciertas conductas, adicciones, interacciones, etc.) tiene que determinar de forma prospectiva la existencia de un riesgo de que el sujeto vuelta a cometer un delito. E.J. Armaza, *El tratamiento*, cit., p. 79. En su ponderación debe evitarse un juicio sobre la forma de vida que pudiera justificar la introducción solapada del denostado Derecho penal de autor. G. Quintero, «Monismo...», cit., p. 666. Su estructuración formal debe realizarse a modo de informe criminológico. C. Climent, V. Garrido y J. Guardiola, *El informe criminológico forense*. Valencia: Tirant monografías, 796, 2012, pp. 31 y ss.

²⁶ El artículo 95.1. PRCP estipula que el Juez o Tribunal aplicará las medidas de seguridad previos los informes que estime convenientes. Ahora bien, no se diseña la estructura de apoyo técnico a la que tiene que acudir el Juez o Tribunal para justificar esta decisión, siendo difícilmente cuestionable que, descansando la imposición de la medida en la existencia de una peligrosidad criminal, la ciencia criminológica debía ser un aliado necesario en tal resolución. De esta manera, subsisten las dificultades para lograr el grado de certidumbre que, sobre todo presupuesto de una consecuencia jurídico penal, exige el Estado de Derecho. En tales términos, A. Jorge Barreiro, «Reflexiones sobre...», cit., pp. 157-158.

²⁷ Sistema carente de base científica, pues descansa en el ojo clínico del juez, lo que lo hace plenamente rechazable. N. García Rivas, «La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad». En *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, dir. por R. Rebollo y F. Tenorio. Bosch, 2013, p. 151.

²⁸ J.L. Ramírez y J.A. Rodríguez, describen tres riesgos del sistema legal implementado: déficit de motivación, riesgo de arbitrariedad y surgimiento del denostado derecho penal de autor. J.L. Ramírez y J.A. Rodríguez, «Fin de un trayecto...», cit., p. 58.

De esta manera, bajo la apariencia de la dualidad —la pena es la reacción a la culpa por el delito cometido y la medida es el remedio por el peligro de comisión futura de otros delitos— puede implementarse un monismo punitivo —el mismo delito tiene asignada dos consecuencias jurídicas: la pena y la medida de seguridad—.

III. La expansión de la medida de libertad vigilada

1. *Presupuestos para su aplicación*

La medida de libertad vigilada sufre una notable expansión en el PRCP. En concreto, su artículo 104.1 estipula que el Juez o Tribunal podrá imponer (a modo de discrecionalidad) una medida de libertad vigilada cuando se cumplan unos requisitos (de forma reglada, por lo tanto), disímiles según se trata de sujetos imputables o de sujetos inimputables o semi-imputables.

Si se trata de **sujetos imputables** será preciso que:

- Esté prevista esta medida en la ley penal para el delito cometido.
- Se le haya impuesto una pena de prisión de más de un año de duración.
- El delito cometido y las circunstancias personales del sujeto permita deducir un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.
- Resulte necesaria para compensar²⁹, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto.

En estos casos, la medida de libertad vigilada se cumple cuando se extinga la pena impuesta o se acuerde su suspensión, según dispone el artículo 104 ter 3 PRCP.

El empleo del término podrá, para definir la función resolutoria del Juez o Tribunal cuando se cumplen los requisitos legales, permite sostener que éstos se configuran como condiciones necesarias pero no suficientes para imponer la medida de libertad vigilada. Sin embargo, no se especifican cuáles son las razones o criterios que permiten al Juez o Tribunal decidir si procede o no imponer la medida de liber-

²⁹ Expresión llamativa la de compensación, dado que la misma refleja siempre un efecto que trata de restablecer los efectos de una situación preexistente —es decir, es una respuesta a lo ocurrido— cuando la medida pretende, por el contrario, contener o neutralizar una situación futura —la constituida por la probabilidad de comisión de nuevos delitos—.

tad vigilada, lo que, sin duda, constituye una significativa indefinición normativa y, en consecuencia, una fuente de inseguridad jurídica. Siendo preciso, tal y como se ha explicitado, que se constate un pronóstico criminal favorable y que la medida resulte necesaria para neutralizar la citada peligrosidad³⁰, quizá sea la proporcionalidad³¹, en su vertiente de prohibición del exceso punitivo, el único argumento que, en el caso concreto, puede llevar al Juez a Tribunal a decidir que, aun concurriendo los requisitos legales, no procede imponer la medida de libertad vigilada.

Si se trata de los sujetos inimputables o semiimputables será preciso que:

— Haya sido absuelto por haber sido apreciada la concurrencia de alguna de las eximentes de los números 1.º, 2.º o 3.º del ar-

³⁰ El principio de necesidad significa que su aplicación únicamente será legítima si resulta idónea para la neutralización de la peligrosidad criminal del autor y, además, no existen otros instrumentos jurídicos alternativos menos gravosos para los derechos fundamentales del sujeto peligroso que permitan cumplir el objetivo preventivo-especial. Así, A. Jorge Barreiro, «Reflexiones sobre la problemática actual...», cit., p. 150.

³¹ La determinación de los criterios que perfilan la proporcionalidad de la intervención pública no es una cuestión pacífica. Una línea exegética estima que si el fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad criminal del sujeto y los fines de aquéllas son exclusivamente los de prevención especial, procede mantener que la medida deberá ser proporcionada a la peligrosidad del sujeto y a la gravedad de los delitos que cabe esperar cometa en el futuro. De ahí que se afirme que, dado que las medidas se orientan a la evitación de infracciones futuras, el hecho delictivo ya cometido no puede tener relevancia para determinar la clase y duración de la medida sino sólo la gravedad de los que amenazan con producirse en el futuro. De forma correlativa se afirma que dado que la medida se orienta a eliminar la peligrosidad del sujeto, mientras este estado perviva subsistirá el peligro de comisión de delitos y, por tanto, la necesidad de la medida, resaltando que al ser la peligrosidad un estado personal, la duración de la medida será indeterminada (pues durará lo que dure el estado peligroso), aunque sometida a una revisión periódica. En todo caso, por razones de seguridad jurídica, la ley podría establecer un límite máximo que podría tener como criterio referencial lo que habitualmente suele durar el tratamiento que precise el sujeto. Por ello, que la duración de la medida no pueda rebasar la de la pena, implica una confusión total de los fundamentos de la pena (la culpabilidad) y de las medidas de seguridad (la peligrosidad), permitiendo, además, que, en muchos casos, la medida no alcance su fin, al ser preciso para enervar la peligrosidad criminal un marco terapéutico o de aseguramiento de duración superior al de la extensión de la pena asignable al delito cometido.

Otra línea hermenéutica ha sostenido que las medidas han de estar sometidas a las garantías penales del Estado de Derecho y, dado que el concepto etéreo de peligrosidad criminal no sirve para satisfacer esta garantía, propugna que su duración no rebase la extensión temporal de la pena que correspondería al delito cometido por el sujeto.

Una exposición de estos planteamientos puede verse en A. Jorge Barreiro, «Reflexiones sobre la problemática», cit., pp. 152 y ss.

título 20, o la atenuante 1.º del artículo 21 con relación a alguna de las anteriores y

- Se constate un pronóstico criminal favorable y resulte necesaria la medida para compensar, aun parcialmente, la peligrosidad del sujeto.

La medida de libertad vigilada impuesta conforme a este precepto se cumplirá a partir de la firmeza de la sentencia, según dispone el artículo 104.ter. 3 PRCP. Esta previsión tiene sentido cuando se aprecia una causa de exención de la imputabilidad y, consecuentemente, no existe pena por falta de capacidad de culpabilidad. Sin embargo, el fundamento se desvanece cuando se aprecia una imputabilidad reducida pues, en tal caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 68 CP, se impone una pena degradada conforme a la culpabilidad por el delito cometido. En tal caso, a la luz de lo regulado en el artículo 101.3 PRCP, la pena se ejecuta en primer lugar, lo que conlleva que la libertad vigilada se inicie cuando se extinga la misma o cuando se acuerde su suspensión, ex artículo 104 ter 3 PRCP.

La facultad de imponer la medida de libertad vigilada (podrá, se reitera, dice el precepto) vendrá vinculada, en los casos de falta de capacidad de culpabilidad, dada la ausencia de pena cuya imposición justifique la prohibición del exceso punitivo, por la falta de necesidad de imponer una medida privativa de libertad para neutralizar la peligrosidad criminal del sujeto (artículo 97.1 PRCP). En los supuestos de imposición de pena, regirá, en su caso, el criterio de proporcionalidad punitiva anteriormente expuesto respecto a los imputables.

Además, **el Juez de Vigilancia Penitenciaria**, según dispone el artículo 104.3 PRCP, impondrá (aquí, por lo tanto, de forma imperativa) el cumplimiento de una medida de libertad vigilada cuando:

- Se suspenda la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad.
- Se cumpla el plazo máximo de duración de la medida de seguridad privativa de libertad que se hubiera impuesto y resulte necesaria para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos.
- Se acuerde el cese de la medida de seguridad privativa de libertad y resulte necesaria para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos.

En todos estos casos, el precepto dispone que el Juez de Vigilancia Penitenciaria resolverá previos los informes y comprobaciones que estime necesarios y después de haber oído al penado y al Ministerio Fiscal (no así, por lo tanto, al resto de partes acusadoras personadas). En prin-

cipio, el precepto, además de garantizar el cumplimiento del principio de contradicción procesal, parece que confiere a los informes y comprobaciones que solicite el Juez de Vigilancia Penitenciaria la función de servir de aporte de datos científicos que permitan justificar si procede o no la imposición de la libertad vigilada, atendiendo, para ello, a la existencia de una peligrosidad criminal y a la necesidad de neutralizar la misma a través de una medida de esta naturaleza. Sin embargo, ello no es así, en todos los supuestos.

Así, cuando se acuerda la suspensión de la ejecución de una medida privativa de libertad —primero de los supuestos contemplados— el artículo 102 c PRCP es taxativo al especificar que, en este caso, se impondrá al sujeto una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años. No hay margen para la ponderación judicial³², y lo único que queda por discernir es si, en tal caso, no existe un límite mínimo de duración —dado que el precepto únicamente estipula el máximo—, suponiendo, por lo tanto, una excepción a la regla general, que luego analizaremos, según la cual la duración mínima de la libertad vigilada será de tres años de duración.

No se aprecia este automatismo en los otros dos supuestos —cumplimiento de la medida de seguridad privativa de libertad y cese anticipado de la misma— dado que, en ambos casos, en preciso que la imposición de la medida de libertad vigilada resulte necesaria para neutralizar el riesgo de comisión de nuevos delitos (artículos 98.3, 99.2 y 104.3 PRCP).

La medida de libertad vigilada impuesta en estos casos se cumplirá a partir de la resolución en que se acuerde, según dispone el artículo 104 ter.3 PLORCP.

2. Contenido

La medida de libertad vigilada se circunscribe a un conjunto de obligaciones y prohibiciones que el Juez o Tribunal estipula (de un modo y manera que no se regula) para su cumplimiento durante todo el tiempo de duración de la misma o durante un período de tiempo determinado. Las mismas vienen descritas en los diecisiete apartados contenidos en el artículo 104 bis 1PRCP cuyo heterogéneo contenido cabe sistematizar de la siguiente manera:

³² Que, sin duda, hubiera sido lo exigible para evitar una intervención punitiva injustificada, dado que no existe una peligrosidad criminal que proceda neutralizar. En términos similares, E.J. Armaza, *La peligrosidad...*, cit., p. 211.

- *Medidas de vigilancia o control genérico de la libertad del sancionado*: obligación de estar localizable en todo momento mediante dispositivos electrónicos cuya llevanza y adecuado estado de conversación le compete; presentación periódica en los servicios de gestión de penas y medidas alternativas o el servicios de la administración que se determine, para informar de sus actividades; informar sin demora a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de sus cambios de residencia y de sus datos de localización; mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo sin autorización de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas; prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.
- *Medidas de control específico evitando determinados contactos*: prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando se trate de individuos de los que pueda sospecharse que puedan facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarles a hacerlo; prohibición de establecer relación, ofrecer empleo, facilitar formación o albergar a cualquiera de las personas mencionadas anteriormente.
- *Medidas de neutralización de la reincidencia a través de pautas formativas, de programas terapéuticos o de contextos de custodia*: participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación y otros similares; participar en programas de deshabitación al consumo de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes o programas de tratamiento de adicciones sociales patológicas; someterse a tratamiento ambulatorio³³; someterse a custodia familiar o residencial³⁴.
- *Medidas que pretenden la protección de las víctimas*: prohibición de aproximarse a la víctima o a otros miembros de su familia que se determine por el Juez o Tribunal, a sus domicilios, a

³³ En este caso se determinarán las fechas o la periodicidad con que el sometido a la medida debe presentarse ante un médico, psiquiatra o psicólogo.

³⁴ En este caso, el sujeto a la medida será puesto bajo el cuidado y vigilancia de una persona o institución que a tal fin se designe y que acepte el encargo de custodia, encargo que comprende la obligación de informar al servicio competente de la administración penitenciaria sobre la situación del custodiado.

sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, de comunicación, de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos, o de residir en determinados lugares.

- *Medidas que impiden el ejercicio de determinadas actividades*: privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores, privación del derecho al porte o tenencia de armas, prohibición de consumir alcohol, drogas tóxicas, sustancias estupefacentes o psicotrópicas³⁵; prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor.
- *Medidas que obligan a determinadas actividades*: inscribirse en las oficinas de empleo y cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

A pesar de la exhaustividad del repertorio de medidas, el artículo 104 bis 2 PRCP, de una forma difícilmente compatible con las exigencias del principio de legalidad, legitima al Juez o Tribunal para imponer el cumplimiento de otras obligaciones y condiciones, especialmente aquellas que se refieran a la formación, trabajo, ocio o desarrollo de su actividad habitual.

El proyectado texto legal no regula los criterios que el Juez o Tribunal tiene que tener en cuenta para seleccionar el contenido de la medida de libertad vigilada. En todo caso, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 95.1.3 PRCP, únicamente será legítima la imposición de las prohibiciones y obligaciones que sean necesarias para contener o neutralizar la peligrosidad criminal diagnosticada, y, conforme a lo dispuesto en el artículo 97.1 y 2 PRCP, cuando existan varias medidas igualmente idóneas para tratar la peligrosidad criminal del sujeto, se impondrán la que sea o las que sean necesarias para contener o neutralizar la peli-

³⁵ En estos casos, se impondrá el deber de someterse al control de consumo de esas sustancias con la periodicidad que se determine o cuando se considere oportuno por los servicios de gestión de penas y medidas alternativas. Esta obligación es sumamente problemática pues, a diferencia de los inimputables, tiene como referente subjetivo a personas con plena capacidad de autodeterminación volitiva, a pesar de lo cual se les impone un tratamiento médico obligatorio. Recuérdese que el artículo 2 de la Ley 41/2002, de 4 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, establece que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios.

grosidad y, dentro de las mismas, la menos aflictiva. En esta clave debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 104 bis 3 PRCP: no podrán imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados en las circunstancias del caso.

3. Duración

El artículo 104 ter 1 PRCP determina que la libertad vigilada tendrá una duración mínima de tres años y una duración máxima de cinco. Sin embargo, en cada caso la duración de la medida de libertad vigilada puede ser inferior o superior a los anunciados límites mínimo y máximo.

La libertad vigilada puede tener una duración inferior al calificado como límite mínimo de tres años porque, conforme a lo previsto en el artículo 105 PRCP, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, en cualquier momento durante la ejecución de la medida de libertad vigilada (es decir, sin tener que esperar al transcurso de los tres años), de oficio o a instancia de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas o de la persona sujeta a la medida, verificar si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria su imposición. Fruto de esta labor de verificación podrá decretar el cese de la medida, cuando su finalidad haya sido conseguida y su ejecución ya no resulte necesaria, extremos, ambos, que, conforme a lo indicado anteriormente, pueden producirse antes de alcanzarse los tres años.

También puede que la medida de libertad vigilada tenga una duración superior a los cinco años contemplados como límite máximo. En concreto, el artículo 104 ter 2 PRCP dispone que el plazo máximo de duración podrá ser prorrogado por plazos sucesivos de una duración máxima de cinco años cada uno de ellos, sin indicar el plazo mínimo de cada una de las referidas prórrogas. De esta manera el encadenamiento de las prórrogas puede conllevar su conversión en una sanción penal de duración indefinida³⁶. La prórroga no es imperativa (el plazo máximo de duración podrá ser prorrogado, dice el precepto) y precisa, como presupuestos ineludibles, los siguientes:

³⁶ Algo intolerable desde el prisma ofrecido por el principio de proporcionalidad que, en materia de medidas, pudiera fundarse, tal y como propugna Díez Ripollés, en el criterio de distribución de riesgos entre individuo y sociedad, en virtud del cual es preciso definir a partir de qué momento el riesgo de reiteración del delito lo debe asumir la sociedad, instante en el que ya no procedería la medida. J.L. Díez Ripollés, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana; un debate desenfocado». En *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, coord. por Cancio Meliá y Gómez Jara-Díez. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 591.

- Que se produzcan incumplimientos relevantes de las obligaciones y condiciones impuestas.
- Que de tales incumplimientos puedan derivarse indicios que evidencien un riesgo relevante de comisión futura de nuevos delitos.
- Que la medida de libertad vigilada haya sido impuesta por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual o tras la suspensión de la ejecución de una medida privativa de libertad.

4. *Modalidades específicas de ejecución*

El Proyecto regula tres incidencias que pueden ocurrir en la ejecución de la medida de libertad vigilada: la ejecución de una pena de prisión o de una medida de seguridad privativa de libertad; la ejecución de otra medida de libertad vigilada y, finalmente, la suspensión de la ejecución de una pena de prisión o la concesión de la libertad condicional.

1.º *Cuando durante la ejecución de una medida de libertad vigilada se acordase la ejecución de una pena de prisión o de una medida de seguridad privativa de libertad, la ejecución de la libertad vigilada se mantendrá en suspenso durante el tiempo de cumplimiento de aquéllas, y se reanudará una vez queden extinguidas. De forma poco comprensible se veda la reanudación de la libertad vigilada —por no encontrarse extinguidas la pena de prisión o la medida de seguridad privativa de libertad— cuando se acuerda la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y se concede la libertad condicional del penado —según dispone el artículo 90 PRCP— o se procede a la suspensión de la ejecución de la medida de seguridad privativa de libertad —con la necesaria imposición de la libertad vigilada según determina el artículo 102 1 c) PRCP—. Sin embargo, parece razonable entender la expresión «extinguida» como equivalente a «pena no materializada» de forma que, en los casos de suspensión de la ejecución de la pena de prisión o de la medida privativa de libertad, se proceda a la reanudación del cumplimiento de la libertad vigilada, incluyendo, en el caso de la libertad condicional, las obligaciones o condiciones fijadas para disfrutar de la misma.*

2.º *En el supuesto de que durante la ejecución de una medida de libertad vigilada fuera acordada la ejecución de otra medida*

de seguridad de la misma naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de una única medida de seguridad. En tal caso, su contenido será ajustado conforme a lo dispuesto para cada una de las medidas que se hubieran impuesto y, además, se establecerá un plazo máximo de duración que no podrá exceder del límite de la suma de la duración de las medidas impuestas ni, en todo caso, ser superior a siete años. No obstante ello, se admite la prórroga de esta duración máxima por plazos máximos de cinco años.

- 3.º *Cuando se acuerde la suspensión de la ejecución de una pena de prisión o se conceda al penado la libertad condicional y estuviese pendiente de ser cumplida una medida de libertad vigilada*, se determinará el contenido de la medida incluyendo en la misma las obligaciones y condiciones de que se hubiera hecho depender la suspensión o la libertad condicional. En este caso, dice el precepto, (son dos, realmente) el plazo de duración de la libertad vigilada no podrá ser inferior al tiempo fijado para la suspensión conforme al artículo 81. Parece referirse a uno de los dos casos que regula —el referido a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión— sin hacer mención alguna al otro —concesión de la libertad condicional—.

5. Extinción

La libertad vigilada termina, según dispone el artículo 106.1 PRP, cuando se cumple el plazo máximo de duración o de las prórrogas acordadas.

IV. El vaivén de la custodia de seguridad: de su presencia en el anteproyecto a su ausencia en el proyecto

El Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012 (en adelante, ARCP) introducía una nueva medida de seguridad privativa de libertad: la custodia de seguridad. Esta medida, que no se contiene en el Proyecto³⁷, era regulada en los términos que se exponen a con-

³⁷ E.J. Armaza atribuye la desaparición a las severas dudas que sobre la constitucionalidad de esta medida se contenían en el informe del Anteproyecto elaborado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en sesión de 16 de enero de 2013. Así, «El tratamiento...», cit., pp. 132 y 187.

tinuación³⁸. Su mención aquí trata de hacer visible el modelo político-criminal claramente punitivista del que se nutre la regulación que de las sanciones penales hace el PRCP.

La custodia de seguridad es de obligada imposición por el Juez o Tribunal, además de la pena que corresponda por el delito cometido³⁹, cuando concurren los siguientes requisitos:

- Se le haya impuesto al penado una pena mínima de tres años por uno o varios de los siguientes delitos: contra la vida, la integridad física, la libertad, la libertad o indemnidad sexual; tráfico de drogas; cometidos con violencia o intimidación sobre las personas, incluidos los delitos patrimoniales; contra la comunidad internacional; de riesgo catastrófico o de incendio y de terrorismo.
- Hubiera sido anteriormente condenado⁴⁰ por uno o varios de los delitos anteriores a una pena mínima total de dos años, de la que hubiera ya extinguido ya en prisión, cualquiera que fuera el régimen penitenciario, al menos dieciocho meses.
- Exista un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de alguno de los delitos referidos⁴¹.

También procederá la imposición de la custodia de seguridad, además de la pena, cuando el penado:

- Haya sido condenado a una pena mínima de cinco años de prisión por la comisión de varios delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la libertad e indemnidad sexual, contra la comunidad internacional o terrorismo.

³⁸ Un análisis más detallado, E. Borja, «Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado Democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites», *Revista General de Derecho Penal*, 18 (2012): 26 y ss.

³⁹ Tal y como se indicó con ocasión de la introducción de la libertad vigilada, como medida adicional a la pena de prisión, en la LO 5/2010, queda por calibrar en el ámbito empírico la incidencia que la imposición de la custodia de seguridad tiene en el marco de la ejecución penitenciaria, a la hora de decidir cuestiones como la clasificación en el tercer grado penitenciario o la concesión de la libertad condicional. En tal sentido, J.L. Ramírez y J.A. Rodríguez, «Fin de un trayecto...», cit., pp. 60 y 69.

⁴⁰ A estos efectos se valorarán las condenas impuestas por los Tribunales de la Unión Europea, así como las que hubieran sido por otros Tribunales en un proceso desarrollado de conformidad con los principios del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas.

⁴¹ Este pronóstico será derivado de la valoración conjunta de las circunstancias personales del penado, de los delitos cometidos por él, y de las circunstancias concurrentes en los mismos que pongan de manifiesto su tendencia a la comisión de los citados delitos.

— Exista un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de alguno de los delitos referidos.

En ambos casos no se computarán las condenas cuando hubieren transcurrido más de cinco años entre su imposición y la comisión el nuevo delito, sin computarse en el referido plazo el tiempo que el sujeto hubiera estado cumpliendo una medida privativa de libertad o una pena de prisión, aunque fuera en régimen abierto (artículo 101.3 ARCP).

La custodia de seguridad, por lo tanto, constituye una medida de seguridad que tiene por finalidad exclusiva la inocuización del sujeto que haya sido declarado portador de peligrosidad criminal y, de tal manera, representa un peligro para los bienes jurídicos más importantes de la comunidad⁴².

La custodia de seguridad, que tendrá una duración de diez años, se cumplirá, después de la extinción de la pena de prisión impuesta, en un establecimiento especial, conforme a un plan individualizado de tratamiento orientado a la reinserción social del sometido a la misma. También podrá ser cumplida en establecimientos de cumplimiento de penas cuando ello resulte necesario o conveniente para favorecer su reinserción social (artículo 101.4⁴³ ARCP). En todo caso, antes de dar inicio a la ejecución de la custodia de seguridad, el Tribunal verificará si se mantie-

⁴² L. Gracia, «Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delinquentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho». En *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, coord. por C. García Valdés, A. Cuerda, M. Martínez Escamilla, R. Alcácer y M. Valle. Tomo I. Madrid: Edisofer, 2008, p. 981. Las estrategias legales para abordar el fenómeno de la delincuencia habitual presenta dos perfiles: siguiendo un planteamiento monista, se exagera la respuesta estrictamente penal o, conforme a la perspectiva dualista, se acumula la medida de seguridad a la pena impuesta, para su cumplimiento tras esta última. Ambas presentan líneas críticas. La monista, porque comporta desbordar el límite fijado por la culpabilidad por el hecho con la consiguiente lesión del principio de proporcionalidad. La dualista, porque atrae el «fraude de etiquetas» dado que, cualquiera que sea la denominación, pena o medida, ambas conllevan la privación de los mismos derechos y, en los casos de privación de libertad, tienen un régimen similar y pueden cumplirse en los mismos centros.

⁴³ El riesgo de fraude de etiquetas está servido. La endémica ausencia de compromisos tangibles de inversiones públicas que acompaña a las reformas legales, como esta última anunciada, hace que sea muy factible que, a falta de centros específicos para el cumplimiento de esta medida privativa de libertad, la misma se cumpla en centros penitenciarios. J. I. Ramírez y J.A. Rodríguez llegan a afirmar, de forma taxativa, que la custodia de seguridad es una forma encubierta de prolongar la pena de prisión por 10 años más. «Final de un trayecto...», cit., p. 66. En el mismo sentido, el informe elaborado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su sesión de 16 de enero de 2013.

nen las circunstancias que hicieron necesaria su imposición y, si estima que han desaparecido las mismas, acordará su suspensión e impondrá una medida de libertad vigilada (artículo 102.3 ARCP)⁴⁴.

En cualquier momento durante la ejecución de la medida, y, en todo caso, con una periodicidad máxima de dos años⁴⁵, el Juez o Tribunal verificará si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria la imposición de la custodia de seguridad. Tras este análisis podrá adoptar, conforme a lo dispuesto en el artículo 103.1 ARCP, alguna de las siguientes resoluciones:

- Mantener la ejecución de la custodia de seguridad.
- Decretar el cese de la custodia de seguridad, cuando su finalidad haya sido conseguida y su ejecución ya no resulte necesaria.
- Suspender la ejecución de la custodia de seguridad, caso en el que impondrá al sujeto una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años⁴⁶.

En todo caso, extinguida la custodia de seguridad por el transcurso del plazo, se impondrá al sujeto, además, una libertad vigilada con una duración máxima de cinco años (artículo 101.6).

V. A modo de conclusión

La política criminal de la última década se decanta por una progresiva sustitución de la ideología resocializadora, construida en torno al paradigma de la reintegración social, por la ideología inoquizadora, ver-

⁴⁴ La imposición imperativa de la libertad vigilada puede constituir una reacción penal desmesurada cuando la extinción de la pena de prisión por cumplimiento se haya producido mediante una libertad condicional con reglas de conducta de contenido similar que han sido cumplidas. E.J. Armaza afirma que el automatismo en la imposición de la medida de libertad vigilada resulte inconveniente por los costes que tiene para los derechos fundamentales del sometido a la misma. Así, «El tratamiento...», cit., pp. 189 y 190.

⁴⁵ Sigue vigente la orfandad normativa en materia de aplicación de las medidas penales. A. Jorge Barreiro, «Reflexiones sobre la problemática...», cit., p.170.

⁴⁶ Conforme a lo dispuesto en el artículo 103 bis ARCP esta suspensión podrá ser revocada por el Juez o Tribunal cuando ello resulte necesario para asegurar los fines de la medida a la vista de la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: comisión de un nuevo delito; incumplimiento grave de las obligaciones y condiciones que hubieran sido impuestas en la libertad vigilada; incumplimiento reiterado de su deber de comparecer y facilitar información al encargado del seguimiento de la medida y conocimiento de circunstancias que hubieran llevado a denegar la suspensión de la medida.

tebrada sobre el paradigma de seguridad. Este tránsito produce, entre otros efectos, un progresivo protagonismo de la idea de peligrosidad criminal mediante la categorización como peligrosos de las personas que integran determinados grupos de riesgo y cometen un delito. De esta forma, la peligrosidad no sería una consecuencia a inferir de la comisión del delito sino, más bien, el delito sería la constatación de la peligrosidad preexistente del sujeto activo.

Este último modelo político-criminal tuvo un primer poso en el Código Penal a través de la reforma producida por la LO 5/2010, de 22 de junio. En la misma se regula la libertad vigilada como medida de seguridad que se impone al imputable condenado por un delito de terrorismo o un delito sexual para su cumplimiento una vez extinguida la pena de prisión a la que se le condena en la misma sentencia. La imposición de la medida se funda en la peligrosidad criminal que la ley vincula a la comisión de cualquiera de estos delitos sin necesidad, por lo tanto, de que sea el juez o tribunal quien, a la luz de los datos aportados al proceso, formule un pronóstico fundado de peligrosidad criminal. Lo máximo que se permite al juez o tribunal en estos delitos es que excluya la peligrosidad criminal —que es algo distinto a afirmar la peligrosidad criminal— en los casos en los que se cometa un única infracción, la misma sea menos grave y el autor sea un delincuente primario.

La consolidación de este modelo se producirá si entra en vigor como Ley el Proyecto de Reforma del Código penal de 2013. La reforma propuesta propone incrementar el rigor penal mediante dos recursos jurídicos complementarios:

- La introducción de consecuencias jurídicas del delito mucho más intrusivas y costosas en el plano de los derechos fundamentales (prisión permanente revisable).
- La exacerbación de algunas de las figuras ya existentes (libertad vigilada).

Todo ello, en palabras de la Exposición de Motivos, para fortalecer la confianza en la Administración de Justicia y garantizar resoluciones judiciales previsibles y que, además, sean percibidas como justas por los miembros de la sociedad.

Además, sin ambages, se legitima la imposición cumulativa de la pena de prisión y la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables peligrosos. Esta extensión de la intervención punitiva descansa en un planteamiento teórico —la presencia cumulativa de una culpabilidad por el hecho cometido y de una peligrosidad del agente causante— que, en la praxis judicial, presenta una fisura signi-

ficativa: la provocada por la ausencia de equipos cualificados de apoyo criminológico de los jueces y magistrados en la delimitación del pronóstico de riesgo de reincidencia. De esta manera, adquiere especial importancia la opción de que el juez o tribunal intuya del tipo o gravedad del delito cometido una probabilidad no insignificante de reincidencia. Consecuentemente, un mismo hecho —el delito— puede justificar una doble consecuencia jurídica cumulativa —la pena y la medida—, con el consiguiente exceso punitivo.

El recurso de casación penal. Origen y caracteres. Su futuro

Joaquín Giménez García
Magistrado del Tribunal Supremo, Sala II

I. Introducción

Cualquier ordenamiento jurídico democrático debe responder a tres principios fundamentales y claramente interrelacionados entre sí:

- a) al de certeza del derecho,
- b) al de seguridad jurídica y
- c) al de igualdad en la aplicación de la Ley a todos los ciudadanos.

El principio de igualdad jurídica supone que todo ciudadano en iguales circunstancias que otro, debe obtener la misma respuesta jurídica al litigio en el que se encuentra involucrado.

El principio de seguridad jurídica supone que la resolución judicial debe ser, hasta cierto punto previsible. Ciertamente en cualquier litigio existe una variable constituida por las concretas circunstancias de cada caso, pero admitiendo esta variable, es claro que la respuesta judicial no puede, no ha de ser algo imprevisible, una especie de lotería que, como efecto colateral produce un incremento artificial de la litigiosidad, porque siempre existiría la posibilidad de que en esa «lotería judicial» que sería la sentencia, tuviese la suerte y ganara el pleito del litigante concernido.

El principio de certeza del derecho, supone que desde el reconocimiento de la complejidad, ambigüedad y hasta antinomias que puede contener el texto legal, en una época como la actual, caracterizada por una actividad legislativa incesante, el derecho no debe ser un escenario indescifrable, sino que debe ser conocido y cierto.

El artículo 9-3.º de la Constitución, de manera expresa garantiza el principio de seguridad y el art. 14 reconoce el principio de igualdad de todos ante la Ley. La certeza del derecho es consecuencia de ambos.

Estos dos principios deben ser puestos en relación con una especialidad propia del Poder Judicial: el Juez es, en sí mismo, un poder judi-

cial como titular del poder jurisdiccional de acuerdo con las normas de competencia, territorial, objetiva y funcional. Es por ello *el judicial un poder policéntrico*, diseminado en toda la red de Jueces y Tribunales que lo componen.

Por otra parte, la interpretación y aplicación de la Ley, ya no puede sostenerse que sea una mera labor de subsunción jurídica del hecho enjuiciado en las previsiones de la norma. *El silogismo jurídico* es uno de los espejismos que saltó *por los aires* hace tiempo. Frente a los tradicionales dogmas jurídicos que nos enseñaban en la Universidad de que el Ordenamiento Jurídico es completo y no tiene antinomias ni lagunas, hoy día nadie duda de que *la labor de interpretación y aplicación de la norma jurídica es labor compleja* porque existen contradicciones y lagunas, no estamos en un universo cerrado donde todo tiene solución pre-determinada.

El art. 1-6.º del Civil nos lo declara con toda contundencia:

La jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los Principios Generales del Derecho...

Solo es posible completar lo que no está cerrado totalmente.

Por eso, insisto, *la interpretación ha dejado de ser una tarea sencilla y mecánica*. Pasó el tiempo en que se consideró que la Ley, como expresión de la soberanía popular, tenía solución para todo conflicto, y por eso la labor del Juez era la de simple aplicador mecánico de la Ley, era, en la ya célebre frase de Montesquieu «... la boca que pronuncia las palabras de la Ley...», por eso era de alguna manera, «un poder nulo».

¡Qué distancia con la realidad actual! en la que nos encontramos en una democracia judicializada en la medida que gran parte de los conflictos terminan en sede judicial, y corresponde al Judicial la tarea de garantizar los derechos de los ciudadanos, verificar el cumplimiento de la Ley por parte de la Administración Pública en cualquiera de sus manifestaciones: Estatal, Autónoma, Local e Institucional y actuar como un verdadero agente de pacificación social en la resolución de los conflictos que se le presenten.

Por eso, la interpretación es *el índice más neto de la participación creadora del Juez en la realización del derecho concreto*, nos dirá Carlos de la Vega Benagas. El contenido de la norma viene determinado por la interpretación reiterada que de ella efectúe el último intérprete de la legalidad ordinaria, esto es el Tribunal Supremo en cada uno de los órdenes jurisdiccionales.

No estoy, *ni* indirectamente propiciando la escuela libre del derecho en el gobierno de los Jueces, más claramente, *el Poder Judicial no es el poder de los Jueces* sino el que garantiza la supremacía del derecho en la búsqueda de lo justo para el litigio concreto, por eso, *el Juez no es un servidor pasivo de la Ley*, ya Peggy decía que un Juez rutinario es un Juez muerto.

Hoy día el Juez no solo es la boca que pronuncia las palabras de la Ley, hoy el Juez le presta a la Ley su voz y su conciencia puesta al servicio de los valores constitucionales que la norma encarna, por eso es un Juez vinculado a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, siendo aquella la que debe iluminar el principio de legalidad, porque *no* estamos gobernados por normas, sino por principios y valores cuya concreción se encuentra en la norma.

¿Cómo garantizar la efectividad de una misma interpretación y en consecuencia una seguridad jurídica para todos?

Obviamente, el depositario de este papel es el Tribunal Supremo, el único que institucionalmente crea doctrina y jurisprudencia, el único que es el último intérprete de la legalidad ordinaria, el único, que en fin, de acuerdo con el art. 123 de la Constitución «... con jurisdicción en toda España, es el órgano superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales...».

Por lo que se refiere al orden penal, la Sala II del Tribunal Supremo es el último intérprete de la legalidad penal ordinaria.

II. El control casacional en su origen

El recurso de casación, tiene su origen en el Tribunal de Casación de Francia, producto de la legislación revolucionaria.

En efecto, la primera preocupación de la Asamblea Nacional nacida de la Revolución Francesa, fue la de asegurar un poder regulador para la aplicación de una Ley uniforme en relación con las nuevas ideas y recordar a los Tribunales que ellos no eran soberanos en su interpretación, sino solo jueces únicamente preocupados del interés de la Ley, al margen de las cuestiones de hecho.

En tal sentido, el Decreto de 12 de Agosto de 1790 creó el Tribunal de Casación «... que será único y que estará residenciado cerca del Poder Legislativo...» (*auprès du Corps Legislatif*).

La Ley de 27 de Noviembre 1790, promulgada el 1 de Diciembre siguiente reiteró esta idea y así se ha venido manteniendo a lo largo del tiempo como lo acredita el artículo L.111-1 del actual Código de Orga-

nización Judicial Francés: «... Hay, para toda la República, un Tribunal de Casación...».

Ciertamente en la época anterior a la Revolución existía un recurso de casación que era en realidad un recurso ante el Rey, y por tanto de naturaleza extraordinaria con requisitos de forma y fondo muy estrictos bajo las cuales, excepcionalmente, se admitía por el Consejo Real, el conocimiento de una causa pero realmente *no* era ni una jurisdicción ni un Tribunal contencioso encargado de su resolución y siempre actuando bajo la sombra del Soberano.

Lo que hizo la Revolución Francesa fue convertir, de alguna manera, el Consejo del Rey del Viejo Régimen en un verdadero Tribunal de Casación, haciendo desaparecer todo vestigio real y colocando en el centro del recurso, no el interés del Rey, sino el respeto de la legalidad revolucionaria.

No es preciso recordar la extraordinaria difusión que tiene en Europa las ideas de la Revolución Francesa.

La Constitución de Cádiz —cuyo bicentenario se celebró en el año 2012— estuvo muy influenciada por las ideas revolucionarias que defendían los «ilustrados». En su art. 259 estableció que «... Habrá en la Corte un Tribunal, que se llamará Supremo Tribunal de Justicia...».

Y el art. 261, establece el ámbito de su competencia creando en su apartado noveno un «... recurso de nulidad que se interponga contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el art. 254...».

Anotar que en el art. 254 de la Constitución se decía que «... Toda falta de observancia de las Leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal, hace responsables personalmente a los Jueces que la cometieron...». Esta norma responde al criterio de que el Juez solo es la boca que pronuncia las palabras de la Ley.

Este recurso de nulidad respondía parcialmente al recurso de casación francés. Fue en la Ley Orgánica del Poder Judicial, provisional, de 1870 donde ya se distinguió entre el recurso de casación por Infracción de Ley y por Quebrantamiento de Forma, con efectos distintos.

El efecto del recurso por Infracción de Ley era subsanar la interpretación efectuada por el Tribunal de instancia, fijando la aplicación correcta. Para el recurso por Quebrantamiento de Forma, se reservaba el original efecto de la nulidad de la sentencia, (lo que equivalía a su ruptura, de ahí casación, de *casser*, romper), con devolución de la misma al Tribunal de procedencia para la subsanación de defecto observado.

Recientemente se añadió de acuerdo con la Disposición Final 12 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil una tercera vía, constituida por la

infracción de precepto constitucional, que en definitiva, ya estaba introducida de acuerdo con el art. 5-4.º de la vigente LOPJ que abrió la casación a la infracción de precepto constitucional, con lo que se reconoció que con independencia de las atribuciones del Tribunal Constitucional, es la jurisdicción penal ordinaria la primera vigilante del cumplimiento de la Constitución por el resto de Juzgados y Tribunales.

III. Caracteres de la casación penal

Sin perjuicio de reconocer que la función y significado de la casación es el mismo en el orden civil y penal, al tratarse de un recurso extraordinario por motivos tasados con el que se pretende la declaración de nulidad de la sentencia o resolución que haya agotado los recursos ordinarios y el dictado de la nueva, o la devolución al Tribunal de procedencia por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, es lo cierto que la casación penal tiene unos perfiles propios que concretamos en los siguientes:

- 1.º Ámbito del control de casación y sus efectos.
- 2.º En espera de la generalización de la segunda instancia.
- 3.º La casación penal como recurso efectivo.

Ya se anticipa y desarrollaré seguidamente que el proceso penal español en relación al derecho a la doble instancia y a la generalización de la casación es tremendamente defectuoso.

En los casos en los que las sentencias penales tienen derecho a la segunda instancia (sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal), carecen de casación, y en los casos en los que cabe la casación (en los delitos juzgados por las Audiencias) carecen de la segunda instancia, lo que desvirtúa la naturaleza de la casación como control de legalidad.

1. *El ámbito del control de casación y sus efectos*

El control casacional penal, se efectúa sobre una parte, importante, pero *no total* del Cpenal. Hay que recordar que cuando surge la casación, esta se articula sobre los procesos de instancia *única*, tramitados por el Sumario Ordinario, el único proceso por delitos instaurado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por tanto la casación penal permitía un control casacional de *todo* el Cpenal.

Posteriormente, se fueron creando procesos especiales para delitos menores y urgentes, el procedimiento abreviado para delitos menores articulando una primera instancia ante un Juez unipersonal —actuales Jueces de lo Penal— con una apelación (segunda instancia) ante la Audiencia Provincial, pero *sin* acceso a la casación, y por tanto sin posibilidad de que la Sala II pudiera ejercer la función del control de legalidad imposibilitando la labor de unificación de la jurisprudencia. Esta es la situación actual. Para delitos sancionados con penas de prisión hasta cinco años, o hasta diez años si se trata de otras penas.

Actualmente, para delitos sancionados con penas *a partir de 5 años de prisión* o 10 años en otros tipos de penas, se mantiene el sistema de *instancia única*, bien por los trámites del Sumario Ordinario o del procedimiento Abreviado competente de las Audiencias Provinciales, *sin* apelación y *con recurso de casación* ante la Sala II del Tribunal Supremo.

La conclusión es clara: *el control casacional a efectuar por esta Sala II es, aproximadamente de un tercio de los delitos* tipificados en el Cpenal el resto, casi dos tercios *nunca* tienen acceso a la casación, a no ser que por razones de conexidad delictiva vengan unidos a un delito grave, competencia de las Audiencias Provinciales y entonces al ser juzgados por los Tribunales Provinciales, están abiertos a la casación, pero sin embargo carecen de la doble instancia.

El límite de unos y otros se encuentra, en el art. 14 LECriminal con el contenido y reparto ya expuesto.

La consecuencia de este esquema procesal es clara. Las posibilidades de una *diversidad interpretativa* de la Ley es patente, incluso dentro de la jurisdicción de una misma Audiencia Provincial, por la pluralidad de secciones penales, y no hay posibilidades de unificación más allá de los acuerdos de las secciones concernidas de una misma Audiencia, y de la lealtad con que dichos acuerdos se sigan. Por ello, sin exageración, puede decirse que en España hay tantos Tribunales Supremos como Secciones de lo Penal existen en las Audiencias Provinciales en relación a esos dos tercios de delitos a que me acabo de referir.

Y no se olvide que nos estamos refiriendo a los delitos de mayor incidencia en las estadísticas judiciales.

Un posible efecto colateral nada despreciable es la proliferación de recursos que puede provocar el hecho de que no exista una doctrina única sobre la interpretación y aplicación del derecho concernido, ello sin contar con el efecto más relevante de la quiebra de los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la Ley, y que por tanto existan diversas interpretaciones jurisprudenciales, e incluso opuestas sin posibilidad de unificación casacional.

2. La generalización de la Segunda Instancia

Con la finalidad de poner fin a la carencia de la segunda instancia en los delitos juzgados por las Audiencias Provinciales y de evitar las condenas del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas dictadas contra España en relación al control casacional y a su efectividad desde las exigencias establecidas en los Tratados Internacionales, singularmente en el art. 14-5.º del Pacto Internacional de 1966, la L.O. 19/2003 de 23 de Diciembre, ha creado el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional, en su Exposición de Motivos nos dice que:

...[se] Destaca la generalización de la segunda instancia penal, potenciándose las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en las que se residencia la segunda instancia penal respecto de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional. Con ello, además de la previsible reducción de la carga de trabajo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de Julio 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU; en la que se mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...

En concreto la *Disposición Final* segunda de dicha Ley concedía al Gobierno el plazo de *un año para remitir a las Cortes los proyectos de Ley* correspondientes para adecuar las Leyes de procedimiento a lo dispuesto en esta Ley en lo referente a la efectividad de puesta en práctica de la segunda instancia.

Consecuentemente con ello, se creó el art. 64 bis de la LOPJ y se le dio nueva redacción al art. 73 del mismo texto para crear tanto en la Audiencia Nacional como en las Salas Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, una Sala de apelación para resolver en el primer caso, los recursos de apelación instados contra las sentencias dictadas por de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y en segundo caso, contra las resoluciones dictadas por las secciones penales de las correspondientes Audiencias Provinciales de la Comunidad Autónoma concernida.

Es lo cierto que la creación de esta Sala de Apelación *no ha tenido realidad ni efectividad más allá de su previsión legal*. Casi diez años después de su creación esperamos, seguimos esperando su puesta en servicio. No ya la pereza sino la desidia del Gobierno, más exactamente, de los Gobiernos de España desde el año 2003 hasta la actualidad es patente y ha sido *denunciada con claridad en la sentencia 788/2013 de*

16 de Octubre en términos claros: «... Es cierto que en lo referente a la puesta en servicio de las Salas de Apelación ha transcurrido, y con exceso, el plazo del año al que se refiere dicha Disposición legal, y el Tribunal estima que debe ponerse fin a esta demora...».

Son evidentes las ventajas de todo orden derivadas de la generalización de la segunda instancia, en orden penal, además de una exigencia contenida en el Pacto Internacional de 1966.

Ya Carnelutti justificaba el derecho a la segunda instancia en estos términos:

... La función de la apelación consiste en someter la litis o el negocio a un segundo examen que ofrece mayores garantías que el primero porque se beneficia de la existencia de éste y se realiza por un órgano superior...

Con la generalización de la apelación:

- a) Se da cumplimiento a las precisiones del art. 152 de la Constitución que en relación a los Tribunales Superiores de Justicia se dice que «culminará la organización judicial dentro de la Comunidad Autónoma» (sin perjuicio de la jurisdicción del Tribunal Constitucional).
- b) Refuerza los principios de seguridad jurídica y de igualdad, evitando el riesgo de un separatismo interpretativo que tiene el riesgo de convertir a *cada sección penal* de una Audiencia Provincial en un Tribunal Supremo de esos dos tercios del Cpenal antes citado.

¿Es la actual casación penal un recurso efectivo en el sentido de que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un Tribunal Superior?

Luego daré la respuesta en mi opinión.

Obviamente, esta generalización de la segunda instancia, debe venir unida de la *creación de un nuevo recurso de casación*, probablemente en interés de Ley, y con una legitimación *en favor del Ministerio Fiscal* para recurrir en casación, *por unificación de doctrina* la posibilidad de fallos interpretativos contradictorios entre las sentencias dictadas en apelación por las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

Con ello se conseguirá:

- a) Extender el control casacional de la Sala II a *todo el Cpenal*, evitando la situación actual de separatismo interpretativo de dos tercios del Cpenal.

- b) Se redescubrirá el verdadero sentido de la casación penal actualmente existente, ya que por mor de responder a la exigencia de un *recurso efectivo* que estudie la culpabilidad y la pena, ahora el ámbito del control casacional *excede y con mucho del mero control de legalidad*, para verificar, además de la corrección de la interpretación, la existencia de verdadera y suficiente prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la tutela judicial efectiva, o el derecho a la tutela judicial efectiva, por ello, a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales y del *error facti*, la casación penal incluye las *cuestiones de hecho, y no solo de derecho*.

Realmente, el modelo original y propio del recurso de casación como exclusivo control de legalidad, al descansar sobre la previa segunda instancia, *solo* lo tenemos en la Casación en los *juicios del Tribunal del Jurado*, y así lo tiene declarado con reiteración esta Sala.

Retenemos al respecto las reflexiones de la STS 717/2009, y las en ella citadas.

Con las SSTs n.º 660/2000 de 12 de Diciembre, 1126/2003 de 19 de Septiembre, la n.º 1211/2003 y las más recientes 41/2009 de 20 de Enero y 168/2009 de 12 de Febrero y 717/2009 de 17 de Junio, debemos recordar que en sus orígenes históricos, la casación no era sino un *control de legalidad* referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera «policía jurídica» depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en *garante y custodio del principio de seguridad jurídica*, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad «... la Constitución garantiza... la seguridad jurídica...» de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación *descansa sobre el recurso de apelación*, al contrario de lo que ocurre en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación, bien que esta supla y cumpla con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85, se permite a través de la Casación que el fa-

llo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Mas recientemente las SSTC 105/03 de 2 de Junio y 116/2006 de 24 de Abril, vuelven a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos...

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984 y no ratificado por España, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos «... aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...», lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley —principio de legalidad y seguridad jurídica— máxime en casos como el presente en el que los motivos son por Infracción de Ley.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, *el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación*, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación. En tal sentido STS 255/2007 de 17 de Mayo, 1249/2009 de 9 de Diciembre o 230/2011 de 29 de Marzo...

3. La casación como recurso efectivo

La decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de Julio de 2000, dictada al amparo del art. 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —en adelante PIDCyP—, en el caso de Cesáreo Gómez Vázquez (condenado por la Audiencia Provincial de Toledo como autor de un delito de asesinato en grado de frustración, sentencia confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo), en el sentido de que dicho condenado tiene derecho a un recurso efectivo en los términos del art. 2-3.º a) del PIDCyP, a consecuencia de estimar que el actual sistema de la casación penal no cumple con el derecho de todo condenado a que su condena sea revisada por un Tribunal Superior, como reza el art. 14-5.º del PIDCyP, ha puesto, en tela de juicio nuestra casación penal.

Recordemos que la sentencia de esta Sala citada en el Dictamen y que dio lugar a la condena —STS de 9 de Noviembre de 1993— se había condenado al recurrente como autor de un delito de asesinato; en el control casacional, en relación al control de la valoración de las pruebas por parte de la Sala Casacional, se dijo:

Aún a fuer de repetitivos, se ha de insistir en que de modo reiterado y hasta la saciedad, tanto la jurisprudencia de esta Sala, como la del Tribunal Constitucional, ha venido proclamando de modo constante que para que pueda tener viabilidad ese principio punitivo —se refiere a la presunción de inocencia— es imprescindible que de lo actuado en la instancia se aprecie un verdadero vacío probatorio, debiendo decaer o quebrar cuando existan pruebas, bien directas o de cargo, bien simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculptatoria, también de destacar en este orden de cosas que tales pruebas corresponden ser valoradas de modo exclusivo y excluyente por el Tribunal a quo, de acuerdo con lo establecido en el art. 741 LECriminal.

Seguidamente, se dice que lo apetecido por el recurrente es una nueva valoración de las pruebas que fueron valoradas por el Tribunal sentenciador, de manera que se llegue a otras conclusiones y se concluye «pues si tal se aceptase sería tanto como desnaturalizar el recurso de casación convirtiéndose en una segunda instancia...».

Ciertamente, con posterioridad, fueron efectuadas otras denuncias al Comité de Naciones Unidas habiéndose reconocido en unas el carácter de recurso efectivo de la Casación, y en otras no, todo en función de la propia argumentación que se contenía en la propia sentencia casacional.

En tal sentido se llegó en el Dictamen/Comunicación 1095/2002 que concluyó que *sí había habido violación* del art. 14-5 del Pacto y lo mismo ocurrió en el Dictamen/Comunicación 1073/2002 y 1101/2002.

De este último dictamen destacamos esta reflexión:

Una revisión limitada por un Tribunal Superior no está de acuerdo con las exigencias del art. 14-5.º. Así pues, a la luz del limitado margen de revisión aplicado por el Tribunal Supremo, en el caso del autor, el Comité concluye que el autor ha sido víctima de una vulneración del art. 14 párrafo 5 del Pacto.

Por el contrario, el Dictamen/Comunicación 1389/2005 y el de 1399/2005 concluyeron que en los dos casos examinados, *sí* se examinó en la casación con detalle la argumentación del autor y se concluyó que él era el culpable y por tanto que *no había existido vulneración del art. 14 del Pacto*.

De entre la numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional que tiene declarada la naturaleza de recurso efectivo de la Casación Penal, retenemos la *STC 116/2006 de 24 de Abril*, la siguiente doctrina que sintetizamos:

- a) Ha de darse la razón al TS cuando entiende que *los Dictámenes del Comité no tienen fuerza ejecutoria directa para anular los actos de los poderes públicos nacionales, pues en el Pacto no existe cláusula alguna de la que se derive su ejecutoriedad*, ni en el ordenamiento jurídico español se ha articulado una vía específica que permita a los Jueces la revisión de las Sentencias penales firmes como consecuencia de un Dictamen del comité, ni el mandato del art. 14.5 PIDCP es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes.
- b) *Las «observaciones» que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales*, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan la competencia.
- c) Por lo que se refiere al derecho contenido en el art. 14.5 del Pacto, este Tribunal ha venido afirmando que el mandato del art. 14.5 PIDCP, aun cuando no tiene un reconocimiento constitucional expreso, obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del *recurso ante un Tribunal superior* y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento.
- d) *Existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP*, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto.
- e) *Nuestro sistema casacional no se limita al análisis de cuestiones jurídicas y formales*, sino que actualmente, a través de la

invocación del art. 24.2 CE es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamente el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas.

Del propio Tribunal Supremo, Sala II, retenemos la argumentación de la STS 187/2008 de 14 de Abril a favor del recurso de casación como recurso efectivo:

a) Porque lo que el art. 14.5 del PIDCyP dice literalmente es que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley», y es evidente que el recurso de casación ante el Tribunal Supremo cumple esta doble exigencia.

b) Porque lo que el art. 14.5 del PIDCyP reconoce a las personas declaradas culpables —conforme a su tenor literal— no es el derecho a una «segunda instancia... Lo que, en definitiva, reconoce el Pacto a las personas declaradas culpables por los Tribunales de los Estados firmantes del mismo, es simplemente el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, por medio de un recurso cuya concreta configuración corresponde al legislador interno, pero que, lógicamente, deberá respetar las exigencias del citado precepto.

c) Porque, aunque el recurso de casación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal puede calificarse, en principio, de excesivamente formalista y, por ende, limitado, es lo cierto que puede cumplir las exigencias del art. 14.5 del PIDCyP, «siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal Superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto».

d) Porque, en todo caso, las competencias del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en virtud de los arts. 41 del Pacto y del Protocolo facultativo de 19 de diciembre de 1966, le habilitan exclusivamente para recibir y examinar comunicaciones tanto de Estados como de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto y a presentar a ambos sus observaciones, en forma de Dictamen; pues el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (v. STS 70/2002, F. 7.º). Y,

e) Porque, aunque se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en pri-

mera instancia por la Sala Penal de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Penal de las Audiencias Provinciales, la Disposición adicional 2.^a —es la Disposición Final 2.^a— de la citada Ley de reforma concedió al Gobierno el plazo de un año para remitir a las Cortes Generales «los Proyectos de Ley procedentes para adecuar la Leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas por dicha Ley», plazo que no ha sido respetado, por lo que, en la actualidad, lo único que cabe reconocer es la existencia de una mera expectativa que no puede afectar a las situaciones anteriores a la entrada en vigor de las necesarias Leyes de procedimiento aún pendientes, dado que las Leyes procesales no poseen efectos retroactivos (v. STS de 11 de diciembre de 2006)...

En el mismo sentido, se pueden citar las SSTS 192/2006, 90/2007, 893/2007, 609/2008 o 739/2011, entre otras.

Insisto en la idea ya expuesta, ciertamente *la casación penal se ha despojado de todo formalismo inútil* y a través del cauce de vulneración de derechos constitucionales, *se ha convertido en un recurso efectivo* en el sentido que exige el art. 14-5 del Pacto, pero, *al precio de desvirtuar la naturaleza de la casación*, dejando de ser, de manera apreciable, ese medio para dar certeza al derecho, ofrecer seguridad jurídica e igualdad ante la Ley al tener que entrar en el examen de los hechos y la razonabilidad de las inferencias obtenidas, lo que permite el re-examen de la culpabilidad y la pena del recurrente.

En definitiva, urge, a mi juicio, instaurar, efectivamente, la segunda instancia, poniendo fin a esta extraña situación de existencia legal pero inexistencia en la práctica y permitiendo que la casación recupere su original naturaleza de control de legalidad y singularmente a la legalidad constitucional, pero mientras esto ocurre, es evidente que la actual casación penal es *un recurso efectivo* en los términos del Pacto Internacional.

Enlazado con ello, se precisa la *generalización de la Casación* para incluir a las sentencias dictadas en apelación por la Sala de Apelación de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia. De este modo, todo el Libro II —de los Delitos— del Código Penal quedaría sometido al control casacional lo que supondría asegurar el sometimiento del Juez a la Ley en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y mejorar sensiblemente el principio de seguridad jurídica, reconocido en el art. 9-3.º de la Constitución mediante una efectiva *unificación* de doctrina que convertiría a la Sala Segunda en último y definitivo intérprete de la legalidad ordinaria de naturaleza penal. Ahora, como ya se ha dicho, el control casacional es fragmentario al quedar extramuros de el toda la competencia atribuida a los Juzgados de lo Penal.

En este sentido se pronunció la unanimidad de los Magistrados de la Sala Segunda en el Pleno no Jurisdiccional del día 25 de Abril de 2000 y sus conclusiones, con más detalle que el acabado de exponer, aparecen recogidas en la Memoria del correspondiente año judicial.

IV. Sobre la naturaleza vinculante de la jurisprudencia

El efecto vinculante de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido objeto de debate y discusión incluso dentro del propio ámbito del Supremo.

En el Discurso de Apertura de los Tribunales del año 1993, el entonces Presidente del Tribunal Supremo y posteriormente Presidente del Tribunal Constitucional, *Pascual Sala*, que llevaba por significativo título «La unificación de la doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo», abogaba por dotar de efecto vinculante a la jurisprudencia con la finalidad de lograr la unificación en la interpretación y aplicación de la Ley siempre que se dieran unos requisitos en los precedentes jurisprudenciales a tener en cuenta y el caso en que deben de aplicarse.

Los requisitos serían estos:

- 1.º Que exista una identidad sustancial entre los supuestos de hecho de las sentencias en que se encuentra la doctrina a aplicar y aquel caso en el que debe ser aplicado.
- 2.º Que el efecto vinculante debe quedar concretado en la *ratio decidendi* de las sentencias correspondientes.
- 3.º Que deben excluirse los *obiter dicta*.
- 4.º Que la doctrina a aplicar sea doctrina reiterada y clara y decidida, no titubeante.
- 5.º Que tal doctrina debe provenir, precisamente de resoluciones dictadas en recursos de casación y no de otro tipo.

Es evidente que tal vinculación con la finalidad de unificar la doctrina jurisdiccional, supondría una profunda reforma del actual recurso de casación penal, en la línea de lo que hoy es el recurso de casación en materia laboral —Sala IV— que, a mi juicio, constituye el final al que se debe tender, como ya se afirma por el autor citado.

Con un trazo diferente, el entonces Presidente del Tribunal Supremo —posteriormente Magistrado del Tribunal Constitucional— *Francisco Hernando*, tituló su Discurso de Apertura de los Tribunales del año 2005 con el inequívoco y rotundo título de «Jurisprudencia Vinculante, una necesidad del Estado de Derecho».

Retengo de su discurso estos párrafos:

Entiendo por ello que buena parte de las soluciones al actual estado de cosas se alcanzarían dotando en efecto a la jurisprudencia de fuerza de vincular para Jueces y Tribunales. Una fuerza que no puede limitar sus efectos a la mera posibilidad, como hoy ocurre, de interponer recurso de casación por infracción de doctrina jurisprudencial. Ese resorte ya lo conocemos, ha acreditado su ineficacia, provoca el aumento de la litigiosidad, deja en estado de desigualdad —y probablemente de indefensión relativa— a todos aquellos otros supuestos y partes que por cualquier causa no pueden acceder a la casación, minora la efectividad de la supremacía del Tribunal Supremo, afecta, como he dicho, una unidad de acción del poder judicial que es parcial materialización del principio de unidad jurisdiccional, y, por último, resulta inaceptable en términos de costes directos para el usuario de la justicia.

En cuanto a los fines buscados para incrementar la vinculatividad de la jurisprudencia —a los que tangencialmente me refería hace unos instantes— no estaría reforzar, por esta indirecta vía, ningún signo visible de supremacía jurisdiccional del Tribunal Supremo. Menos aún se trataría de hacer prevalecer el principio jerárquico, como valor en sí mismo, y de allanar cuantos obstáculos puedan interponérsele. No parece, pues, que esa opción, tanto en el proyecto aludido como si se alcanza por otra vía, responda a un añadido institucional para mayor gloria de nadie, y desde luego nada parecido pretendo defender. Estamos ante un atributo estrictamente funcional, vinculado a la igualdad ante la ley, a la certeza del derecho y a la previsibilidad de las resoluciones judiciales. Es claro por otra parte que la atribución de valor vinculante a la jurisprudencia del Tribunal Supremo no podrá servir para relevar a éste de su deber diario de alcanzar la auctoritas en sus resoluciones, su principal patrimonio.

Concluye el discurso con la afirmación de que tal sujeción no entraría en colisión con la sujeción de los Jueces solo a la Ley, según el texto constitucional porque al elegir la recta interpretación, se indica la solución justa, eliminando las otras, en atención y con respeto a los principios del sistema y, se dice: «indica la hoja de ruta necesaria para elegir unos y postergar otros de la maraña de preceptos que con frecuencia pueden ser aplicables para un determinado caso...».

Igualmente, esta vinculación no afectaría —en su opinión— a la independencia judicial «... esa independencia no es otra cosa que una garantía institucional encaminada a asegurar la sujeción exclusiva, sin injerencias o presiones de los Jueces al imperio de la Ley».

Tras decir que la independencia es objetiva y por tanto poco tiene que ver con la libertad de criterio del Juez, ya que el criterio resulta subjetivo, personal y por tanto imprevisible, se concluye el discurso diciendo:

Ningún problema existe, pues en mi opinión para unificar los criterios a través de la jurisprudencia, siempre y cuando nos mantengamos dentro de los confines de la Ley, es decir, de la mejor interpretación y aplicación de la Ley hechos por el Tribunal Supremo.

Con respeto a esta opinión, debo manifestar *mi total desacuerdo* con la misma porque sujeta al Juez a un *corpus* interpretativo ya dado por el Tribunal Supremo, dificultando su evolución y adaptación y planteando no pocos problemas, no siendo el menos importante el relativo al posible ensanchamiento de la responsabilidad de los jueces... ¿disciplinaria?, ¿penal?, que se apartaran fundadamente de la interpretación «oficial» de la Sala.

No hay que olvidar que en no pocas ocasiones el motor de la jurisprudencia *evolutiva* se encuentra tanto en las anónimas argumentaciones de los abogados en el proceso y en las argumentaciones de las sentencias de instancia, y en no pocas ocasiones, en los votos particulares de las sentencias.

A mi juicio, en esta materia de la vinculación de la jurisprudencia se ha de ser extraordinariamente *cauto y prudente* si no queremos caer en un rígido sistema jerarquizado que convierta al Juez en repetidor automática y acrítico de los criterios del Tribunal Supremo.

Todo Juez es ante todo un razonador. Como titular de un Poder del Estado cuyos efectos se proyectan en valores y derechos de la persona como la libertad y su patrimonio, el Juez debe razonar, justificar sus decisiones que deben ser obtenidas en el marco de la contradicción propia de todo proceso. Esta es su única legitimación, la del ejercicio de su poder jurisdiccional explicando sus decisiones y siendo consciente que *las verdades judiciales* no son absolutas, sino *razonadas y razonables*, es decir justificadas por el análisis de toda la prueba, sabiendo que *solo* en la contradicción —*todo juicio es un decir y un contradecir*— se puede obtener la verdad judicial.

El razonamiento judicial no es un requisito formal sino una *exigencia* del quehacer judicial. Que en esa labor de aplicar el derecho a los hechos, debe tener en cuenta la jurisprudencia, singularmente la del Tribunal Supremo es algo que ningún operador judicial va a cuestionar, cuestión distinta es el valor que se debe dar a esa doctrina, o lo que es lo mismo el grado de obediencia.

De entrada, hay que distinguir entre una vinculación horizontal y una vinculación vertical.

Por vinculación horizontal, debe entenderse el respeto y mantenimiento del propio Tribunal Supremo a su propia jurisprudencia, a sus propios precedentes.

Por vinculación vertical, debe entenderse la que se predica respecto del resto de los Tribunales del orden jurisdiccional concernido, en relación a la fijada por la Sala correspondiente del Tribunal Supremo.

En primer lugar, es obvio que en modo alguno puede hablarse de efecto vinculante de la jurisprudencia en sentido vertical, cuando la propia Sala concernida, no mantiene una línea definida y clara, sino títubeante o incluso contradictoria, de suerte que todo el discurso sobre el efecto vinculante de la jurisprudencia en sentido vertical, tiene como *presupuesto una doctrina consolidada, clara y reiterada de la Sala Casacional*, es decir a la vinculación de la Sala a su propia doctrina.

En segundo lugar, incluso respecto desde la perspectiva del efecto vertical de la jurisprudencia vinculante, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la de la Sala II *no* es algo ya cerrado y completo.

Por definición, la jurisprudencia *es, debe ser evolutiva* en la medida que supone la *aplicación de un corpus legal a una variable*: el caso concreto en tanto no se cree la segunda instancia, por tanto esa variable que es el caso con sus circunstancias, y por extensión, *la realidad social* del tiempo en que deben ser aplicadas, (criterio expresamente reconocido en el art. 3-1.º del Civil), exige que la jurisprudencia sea evolutiva, es decir adaptable a una realidad cambiante, lo que permite la acomodación de la norma evitando su constante modificación, pues bien quien está más en contacto con esa realidad social son los Tribunales de *«vanguardia»*, es decir, los de la primera instancia, frente al Tribunal Supremo, por ello, en no pocas ocasiones *el cambio jurisprudencial viene incentivado por nuevos planteamientos o nuevas respuestas dadas por los Tribunales de instancia*, que si bien pueden ser rechazadas en un primer momento, con posterioridad, pueden ser aceptadas por el Tribunal Supremo y de hecho, en ocasiones así ha sido.

Como casos concretos, fruto de mi experiencia personal puedo citar los siguientes, sin intención de exhaustividad:

- a) La penalización por contrabando en el caso de tráfico de drogas
- b) La estimación de que el arma de fuego *per se* funciona prescindiendo de la prueba pericial correspondiente.
- c) La estimación de que siempre y en todo caso la pérdida de dientes, incisivos o no constituye una deformidad menor de acuerdo con el art. 150 Cpenal.

En estos tres casos, esta era la doctrina oficial de la Sala II, fueron sentencias de diversas Audiencias Provinciales las que discrepaban de tal doctrina y sostuvieron, fundadamente, que debía acreditarse el funcionamiento del arma de fuego a los efectos del delito de tenencia ilícita de armas, que no se debía sancionar el tráfico de drogas importadas como delito de contrabando porque no existía el bien jurídico del perjuicio a la renta de aduanas al tratarse de efectos prohibidos, y que en el caso de pérdida de incisivos no siempre se estaba en un caso de deformidad, habida cuenta de los avances en la ciencia estomatológica que eliminaban el defecto de la pérdida dental a total satisfacción.

Pues bien, actualmente la Jurisprudencia de la Sala es, justamente la que sostuvieron en su día, las Audiencias Provinciales correspondientes.

¿Hubiera sido posible esta evolución sin esa invocadora jurisprudencia inicial de las Audiencias que *razonadamente* discreparon de la doctrina de la Sala II?

En el tratamiento de la adicción a las drogas como un supuesto de eximente incompleta o atenuante por el déficit volitivo que suele tener el drogodelincuente, hay que recordar que la primera sentencia del Tribunal Supremo, Sala II, de 16 de Septiembre de 1982, fue confirmando esta vía abierta por la sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián de 16 de Julio de 1981, y ello *bastantes años antes* de que el legislador reconociera la droga como factor criminógeno, lo que *solo* ocurrió en la L.O. de 24 de Marzo de 1988 con la redacción del art. 93 bis. Fue esa sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Septiembre de 1982 la primera que reconoció la importancia de la droga como factor criminógeno, y su origen estuvo en una novedosa interpretación de la sentencia de instancia.

En todos estos casos, se modificó la tradicional doctrina del Tribunal Supremo *a la vista* de que la doctrina de las Audiencias, *motivadamente* se había apartado de la misma, ofreciendo otras soluciones que, finalmente, se aceptaron.

Y aquí es donde está el *núcleo de la justificación del apartamiento*: en la motivación de la decisión distinta por el Tribunal de instancia.

La STS 8/2010 de 20 de Enero, recaída en un asunto que tuvo una especial relevancia política y mediática —además de la jurídica—, en el asunto de posible desobediencia cometida por el Lehendakari Ibarretxe y otros por haber mantenido conversaciones con dirigentes de Herri Batasuna, asunto en el que la parte acusadora estaba en exclusiva sustentado por una acusación popular, sostiene esta doctrina *en relación al valor de la Jurisprudencia de la Sala II*. Declara la Sentencia:

Para la resolución de la impugnación hemos de señalar el valor de la jurisprudencia en nuestro sistema jurisdiccional, la función que debe cumplir y el grado de vinculación de la doctrina jurisprudencial respecto a la función jurisdiccional de los tribunales. Para su concreción partimos de que toda norma aparece redactada en términos necesarios de generalidad y requiere ser interpretada por los aplicadores del derecho para darle su contenido a la situación concreta a la que se aplica. Corresponde a los órganos jurisdiccionales la esencial función de aplicar la norma al hecho conflictivo sometido a su jurisdicción, vivificando la norma a la situación concreta que debe resolver. Además, la necesidad de procurar la uniformidad en la aplicación del derecho, como manifestación del principio de igualdad, implica que la interpretación que de la norma realice el Tribunal Supremo, órgano superior de la organización judicial y supremo intérprete de la legalidad ordinaria, aparezca rodeada de la exigencia de una cierta vinculación, horizontal y vertical respectivamente dirigida al propio Tribunal Supremo y a los órganos de la jurisdicción, para proporcionar la necesaria estabilidad al sistema y satisfacer la seguridad jurídica y las exigencias del principio de igualdad. Es obvio que las normas pueden tener distintos significados en función de los distintos criterios interpretativos empleados y las distintas realidades a las que se aplican, pero lo relevante es que esa aplicación de la norma sea uniforme por todos los órganos jurisdiccionales y poder asegurar la vigencia del derecho fundamental a la igualdad, la satisfacción de la seguridad jurídica, la previsibilidad en la aplicación del derecho y, en definitiva, la unidad del ordenamiento y la vigencia del principio de legalidad. Esa uniformidad en la aplicación de la norma es compatible con la evolución necesaria de la jurisprudencia a través de las disensiones ordenadas derivadas de la tensión dialéctica permanente entre el principio de independencia judicial y el principio de legalidad. La vinculación, horizontal y vertical, permite la disensión que requerirá una específica motivación para justificar la desvinculación respecto a la doctrina nacida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En conclusión, vinculación de la Jurisprudencia, *sí, pero de manera razonada y fundamentada, y por tanto, posibilidad de discrepar de ella, de forma motivada.*

Sí, a la vinculación de la jurisprudencia de la Sala II por la auctoritas y no por el mero hecho jerárquico de estar en la cima de la Jurisdicción, y por ello, siempre que esa jurisprudencia del Tribunal Supremo sea concreta, reiterada, firme y constituya la razón de la decisión, y no un mero obiter dicta.

Por ello mismo, posibilidad de que la Audiencia *pueda razonadamente discrepar* desde el conocimiento de la doctrina dando respuesta a los porqués de la disidencia.

V. El futuro de la casación penal

Creo firmemente que el futuro de la Casación Penal, una vez que se generalice la doble instancia, mejor dicho, que tenga realidad lo que hoy es sólo una afirmación *virtual* sin efectividad alguna y que, paralelamente, se instaure la casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales de las provenientes de los Juzgados de lo Penal, es decir, una vez que el recurso de casación descansa sobre la segunda instancia, y que abarque a todo el Libro II del Cpenal, entonces, habrá de *reorientarse la Casación Penal como recurso de Unificación de Doctrina* posibilitando un efectivo control casacional de todo el Cpenal, fijando la interpretación correcta en caso de disidencia entre las interpretaciones llevadas a cabo por los distintos Tribunales.

Con ello se conseguirá la *efectividad del principio de seguridad jurídica y de igualdad* ante la Ley, evitando de un lado que gran parte del Cpenal no acceda a la Casación, y de otro, que en relación al resto, se esté en una actividad repetitiva.

De alguna manera, existe en el Orden Penal *un precedente* de lo que se sostiene.

Me refiero al *Recurso de Unificación de Doctrina en materia Penitenciaria* instaurado por la L.O. 5/2003 de 27 de Mayo —BOE 22 de Mayo—.

Se prevé en el art. 1 de dicha Ley, una modificación de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ, según la cual:

Contra los autos de las Audiencias Provinciales, y en su caso, de la Audiencia Nacional resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el Letrado del penado, recurso de casación para unificación de la doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la LECriminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada.

En el *Pleno no Jurisdiccional de 22 de Julio de 2004*, en relación a este nuevo recurso se adoptó la siguiente resolución:

Puede interponerse este recurso contra los autos de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional en materia penitenciaria, en los que se resuelvan recursos de apelación que no sean susceptibles de recurso de casación ordinario. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver estos recursos en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada.

Son requisitos de este recurso:

- a) La identidad del supuesto legal de hecho.
- b) La identidad de la norma jurídica aplicada.
- c) La contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma, y
- d) La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.

El recurso de casación para la unificación de la doctrina en el ámbito penitenciario:

- a) No es una tercera instancia.
- b) Han de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal «a quo», y
- c) No cabe apreciar contradicción en la aplicación del a norma:
 - a) cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y b) cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

Es obvio que con *la instauración de un recurso de casación en unificación de doctrina* en interés de Ley para las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales respecto de las dictadas por los Jueces de lo Penal, se conseguiría que la Sala II pudiera efectuar el *control casacional fijando la interpretación correcta de la Ley en casos de discrepancia entre las resoluciones de distintas Audiencia Provinciales* o Secciones penales de una misma Audiencia, evitando la situación actual en la que *no* hay acceso a la casación para estos casos. Por eso sería conveniente que la legitimación para este nuevo recurso lo fuera en exclusividad el Ministerio Fiscal.

Asimismo, *la puesta en práctica de la segunda instancia* de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, puede permitir *reordenar la casación y recuperar su origen de control de legalidad*, ya que toda la cuestión de los hechos y su valoración quedaría residenciado en la primera y segunda instancia.

En definitiva, esta viene a ser la tesis de los Discursos de Apertura de Tribunales de los años 1993, ya citada, así como el del *pasado año 2009* —Carlos Dívar— el que opta por una reforma de la Casación, en concreto de la Penal con un reparto más racional de la carga jurisdiccional con los Tribunales Superiores de justicia.

Retengo esta reflexión:

«El recurso para la unificación de doctrina se erige como un instrumento muy eficaz, capaz de racionalizar la función del Tribunal Supremo y sus relaciones con los Tribunales Superiores de Justicia en

la actual configuración territorial del Poder judicial», y cita la STC 17/1995 de 24 de Enero que declaró que el recurso de unificación de doctrina «... devuelve a la casación su positivo significado como salvaguarda de la pureza de la Ley más que en interés de los litigantes, sirviendo al principio de igualdad en su aplicación y a la seguridad jurídica, al tiempo que dota de contenido real a la supremacía de su autor configurada constitucionalmente».

Mi pronóstico al respecto es claramente pesimista dada la pereza legislativa, cuando no el desinterés del Ejecutivo y Legislativo de cumplir con las previsiones legales de la L.O. 19/2003 a que antes se ha hecho referencia y del más que probable corto recorrido que puede tener la propuesta de texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de Marzo de 2011. En el que se prevé —arts. 602 a 604 del Proyecto—, que la jurisprudencia de la Sala de lo Penal tendría un carácter vinculante y estando, además, prevista la generalización de la apelación y de casación.

La instrucción por el Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías

Carmen Adán del Río
Fiscal Jefe, Audiencia Provincial de Bizkaia

I. Introducción

El debate sobre el cambio procesal ha dado lugar durante tanto tiempo a artículos y comentarios, que abordarlo con intención de aportar otros puntos de vista, tiene justificación, únicamente porque nos encontramos ante un nuevo texto con pretensiones de afrontar el reto pendiente, por mucho que su desarrollo futuro sea incierto.

Admitiendo que en este debate existen posiciones encontradas, creo oportuno abordarlo desde una reflexión inicial, que en mi caso, debo a un magnífico profesor de Derecho procesal, Emilio Gómez Orbaneja, quien fijaba de forma sencilla (pero tan clara, como para recordarla después de tantos años), la premisa de no olvidar, que, en el proceso penal, cuya finalidad es la represión de actos punibles, el Estado se vale, para cometidos distintos, por un lado del juez y por otro del Ministerio Fiscal. Cometidos distintos e independientes, que por esa misma razón, decía, no acaban de encajar con el modelo y la situación del juez y fiscal actuando conjuntamente en la instrucción. Desde esa premisa, ya adelante mi opinión, de que cualquier modelo que altere el equilibrio entre esos cometidos diferentes permitiendo intromisiones de uno en el ámbito del otro, como parece suceder en el texto a analizar, corre el riesgo de un acercamiento, a mi modo de ver absolutamente inadecuado, del proceso penal a las características del proceso civil.

El proceso penal es también, como el civil, un proceso de partes, pero como señala Gómez Orbaneja, solo en sentido relativo o limitado. Limitación que este autor justifica en que un puro proceso de partes implica una contienda en la cual los contradictores se enfrentan con iguales medios. En el procedimiento penal, esa igualdad está excluida por la posición predominante de quien tiene que justificar la acusación y recoger las pruebas para el juicio. La Exposición de Motivos de la ley vigente, admite que el proceso penal no puede cumplir su fin, que es el

descubrimiento de la verdad real, a menos de dejar al que promueve la investigación «tomar la delantera» en esa fase preparatoria. Se intentaba así compensar la ventaja originaria con que puede operar el autor del delito, al cual le es dable procurarse los medios de ocultarlo o disfrazarlo, así como estudiar y utilizar todas las precauciones para sustraerse a la acción de la justicia. Desde esa perspectiva, en el arranque del procedimiento se producía una desigualdad jurídica de derechos y garantías procesales, una de cuyas expresiones más concretas es el secreto del sumario. Esta fase inicial del proceso penal, se complementaba con una fase, en la que se llegaba a la llamada igualdad de armas, fase que tradicionalmente ha sido el juicio oral.

Un cambio de modelo procesal tiene su razón de ser, por la necesidad de dotar de mayor racionalidad el proceso sin merma de las garantías. No se trata de delimitar nuevamente los papeles que deben asumir jueces y fiscales en la investigación del delito, enjuiciamiento y ejecución de la pena, sino plantearnos en qué medida la situación generada por el proceso vigente exige el cambio. Este planteamiento ya se ha tratado, en múltiples cursos en los cuales desde la práctica y la doctrina, se abordaba la cuestión. Me interesa citar, como ejemplo, el celebrado en noviembre de 2008 en Barcelona, curso en el que una de las intervenciones se desarrollaba bajo el título de «*Fiscal investigador. Juez de garantías. Hacia un sistema procesal penal más racional y de mayores garantías*». Cito el título de esta ponencia, igual de enriquecedora del debate que muchas otras, porque utiliza la expresión «mayores garantías», pareciendo indicar que en el actual proceso, las existentes no son las adecuadas o suficientes, o como prefiero entender, que lo que justifica un proyecto nuevo es obtener mayores garantías o ventajas, interpretaciones ambas que me dan pie para lo quisiera exponer.

Es cierto que la actual ley procesal no recoge o no desarrolla todas las garantías que sin embargo se aplican en nuestros procedimientos y tribunales, pero también es cierto, que como señalaba Roellecke, cualquier ley es lo que la jurisprudencia haga de ella. El texto o borrador que analizamos recoge como garantías, muchas que son ya comúnmente admitidas, de construcción y desarrollo jurisprudencial. Nada que objetar a su plasmación en un posible texto legal, aunque he de reconocer un cierto pesimismo, respecto a que ello impida divergencias y contradicciones futuras, en la medida que se mantiene la capacidad de la jurisprudencia de modular normas, sin factores correctores que proporcionen seguridad jurídica, siendo así que la realidad nos demuestra en todos los partidos o agrupaciones judiciales que el esfuerzo del legislador por dar un concepto claro choca de forma constante con resoluciones puestas en su interpretación.

Lo que puede cuestionar la eficacia de este nuevo sistema que se propone, es que esa, suponemos, premisa de recoger y desarrollar garantías, se convierte en muy diferentes artículos, en posibilidad de interferencias constantes en la actuación de investigación, desde una perspectiva más propia de planteamientos de proceso civil, que del penal en el que nos encontramos. O cuando menos, se ha de reconocer, que el régimen de impugnaciones y la posibilidad de actuación de cortapisa o encauzamiento de la investigación que a requerimiento de las partes, se centraliza en el juez de garantías, se asemeja en exceso, al sistema actual plagado de recursos sin motivación suficiente o de carácter reiterativo, que por lo que tienen de esfuerzo de tramitación y resultado de ralentización, no debiera acogerse.

Ello resulta, cuando menos curioso, desde el momento que la Exposición de Motivos por lo menos, en lo que de declaración inicial tiene, si parece tener como meta tal racionalización de la investigación. Y no hay por qué dudar de que también parece tener idéntica meta el texto del anterior Ministro de justicia o incluso los autores del Pacto de Estado para la reforma de la justicia, quienes en 2001, como representantes de los partidos políticos mayoritarios, consensuaron la necesidad de elaborar una nueva ley procesal, adaptar la misma a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y reducir los plazos de respuesta ante el delito.

En la Fiscalía General del Estado se celebraron en octubre de este año 2013 unas jornadas en las que se trataba, por un lado el proyecto de Código procesal penal, y por otro, las consecuencias de una norma como esta en nuestro trabajo y organización. De hecho, es sabido que paralelamente al proyecto de Código Procesal Penal se ha venido realizando un proyecto de modificación de Estatuto, que permita la adaptación organizativa al nuevo modelo procesal.

Con relación al primer aspecto, Manuel Marchena Gómez, magistrado del Tribunal Supremo y Nicolás González Cuellar, abogado y catedrático de Derecho procesal, como miembros de la comisión ministerial encargada de elaborar el texto, coincidieron e hicieron hincapié en que nadie les había dado indicación alguna sobre el texto, habiendo trabajado con absoluta libertad. La cuestión que cabe plantearse, no es sin embargo esa mayor o menor autonomía en su elaboración, sino si el cambio se ha afrontado realmente desde una perspectiva estructural o desde la situación de hecho que generaba la realidad de una norma que no puede afrontar más modificaciones parciales¹.

¹ La Exposición de motivos del texto del ministro Caamaño menciona que, la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde su promulgación en 1882 ha experimentado 66 modificaciones.

Sea cual sea la finalidad, lo cierto es que el Código Procesal Penal, más que un cambio de modelo procesal, da lugar a un importante cambio de papeles de los intervinientes como jueces y fiscales. En el mismo, se marcan dos líneas fundamentales que marcan la relación entre Fiscal investigador y Tribunal de Garantías (no ya Juez de Garantías como en el proyecto anterior, dada la nueva figura de los tribunales de instancia):

- Una primera línea con relación al Fiscal, en el sentido de atribuirle con carácter general, la dirección de la investigación. Así se establece en los artículos 239 y 240, al señalar que la dirección de las diligencias de investigación para esclarecer el hecho, determinar el autor, proteger a la víctima y asegurar las responsabilidades civiles, corresponde al Ministerio Fiscal. Es sabida la existencia de posiciones doctrinales, sobre la fase preprocesal y fase más propiamente procesal cuando se trataba de las dos últimas, pero el precepto es claro. El fiscal tendrá que adoptar medidas de protección de la víctima y de aseguramiento de responsabilidades civiles (ello en muchas ocasiones de forma propia derivando a servicios administrativos, y en otras con la oportuna solicitud al Tribunal de Garantías).
- Con relación al Tribunal de Garantías, el artículo ss, art. 241, encomienda al mismo el control de la fase de investigación, regla general que el propio artículo matiza, al señalar que ese control se hará mediante las actuaciones previstas expresamente en la ley.

Por tanto, dirección de las diligencias de investigación por el Fiscal, control de la fase de investigación, por el Tribunal de Garantías. Dirección-control, como conceptos que se consideran diferentes, y lo que resulta más complicado, diligencias de investigación-fase de investigación, conceptos que inicialmente no son diferentes.

Admitiendo la idea de que todo poder, y el de investigación lo es, ha de tener su contrapeso, también es cierto que determinados contrapesos pueden desequilibrar un mecanismo cuya finalidad debe ser también eficaz. La LECrim también estableció que el juez de instrucción tuviera su contrapeso, a través de recursos o incluso con la función de inspección del sumario por el Fiscal. Pero siendo el sistema de recursos el contrapeso de las enormes facultades del juez de instrucción actual, ninguno de estos contrapesos desequilibra del todo una línea coherente para la averiguación del delito y determinación de responsabilidades.

La pregunta que surge de la lectura total del texto, es si el elenco de actuaciones de control de la investigación que la ley señala, va a per-

mitir cumplir los fines del proceso penal. Evidentemente si a lo que nos estamos refiriendo es a la necesidad de acudir al juez con las diligencias que pueden suponer vulneración de derechos, resulta evidente que así debe ser. Podemos discutir si realmente es necesario en todas las que se ha decidido, pero no ofrece mayor problema. Si nos referimos al control sobre la decisión de archivar, es lógico y similar al actual. Si nos referimos a otras decisiones, o a un sistema generalizado de impugnaciones frente a los actos del Fiscal en la investigación, empiezan a surgir ciertas dudas. De inicio pudiera pensarse que del mismo modo que hoy un Juez de instrucción ve su margen de actuación marcado por la Audiencia Provincial (que por la vía de los recursos, va a decidir diligencias a practicar que no quería, sobreseer cuando quería continuar u ordenar la continuación del procedimiento cuando quería sobreseer), el Fiscal vera también marcado su margen de actuación por el Tribunal de Garantías.

Si esto es así, la pregunta que inevitablemente surge a continuación, es el sentido y justificación del cambio. Más aún, y puesto que, ya adelanto, en mi opinión el régimen de impugnación de actos es excesivo, lo que nos vamos a encontrar es, una situación empeorada, que dará lugar a una investigación de imposible agilidad, lastrada y con merma de eficacia. Eficacia que es más exigible puesto que la investigación real se va a centrar en los delitos graves, ya que los restantes pueden ser desviados por principio de oportunidad o por otras vías, a soluciones diferentes a las del proceso.

En este sentido los dos artículos clave, que han dado lugar a una fuerte contestación, son los que concretan el régimen de impugnación de los actos del Fiscal, artículos 128 y 257 del borrador. «Son impugnables los decretos del Ministerio Fiscal en los que se acuerden o denieguen medidas de investigación, o de recogida de instrumentos, efectos del delito o fuentes de prueba, los que acuerden o denieguen tener por parte a quienes pretendan intervenir como tales en las Diligencias de Investigación, y los restantes decretos cuya impugnación esté expresamente autorizada por la ley». Resulta evidente que ya este añadido final sobra, si realmente se puede impugnar todo, los que acuerdan o deniegan cualquier diligencia, cualquier fuente de prueba, desde testificales, recogida de efectos,...

Este artículo lo definía Antonio Narváez Rodríguez, en las jornadas de la Fiscalía General antes citadas, como ataque a la línea de flotación de cualquier investigación ágil, siendo el principal escollo para la eficacia del modelo de Fiscal investigador. De hecho, resulta especialmente llamativo que los propios redactores del texto en esas mismas jornadas afirmaron en su exposición, que estos artículos en concreto, el ar-

título 128, en lo que se referían al tribunal de garantías, se estaban malinterpretando, puesto que el sistema era parecido al actual. O más en concreto Marchena los justificó expresamente como... «precio por la viabilidad y aceptación social del sistema».

Me pregunto si realmente existe peligro de no aceptación social, cuando lo que está demandando nuestra sociedad, por lo que reflejan todas las encuestas al respecto, es que los procedimientos no tengan mil fisuras que provocan que el juicio oral se dilate y difiera a tiempos, estos sí, totalmente inaceptables. La aceptación social del sistema, se producirá cuando el legislador ofrezca y logremos aplicar un sistema de investigación con garantías pero de mayor celeridad en su fase inicial, porque el ciudadano medio es consciente de que un mayor número de impugnaciones o recursos no es equivalente, como a veces se traslada, a mayor número de garantías. Cualquier cambio, tiene que respetar o avanzar en garantías, pero debe dar respuesta a la criminalidad, cada vez más avanzada. Con un régimen de impugnaciones tan amplio, volvemos a lo que tenemos ahora, una justicia rápida y eficaz para el ciudadano medio, como se produce en delitos contra la seguridad vial y otros similares, una justicia bastante rígida e ineficaz para los pequeños delincuentes patrimoniales, y una justicia lenta porque el sistema lo permite, en los grandes delitos, dada la ilimitada posibilidad de peticiones y recursos.

Siguiendo con la exposición de los rasgos más característicos de la reforma, en lo que atañe a la relación entre Fiscal investigador y Tribunal de Garantías, podemos distinguir varios apartados:

- Al inicio de la investigación.
- En la conclusión.
- En la tramitación.
- En la decisión de acusar.
- Otros controles.

II. La relación entre Fiscal investigador y Tribunal de Garantías en la reforma

1. *Control del Tribunal de Garantías con relación al inicio de la investigación*

El Fiscal debe comunicar al Tribunal de Garantías la apertura de Diligencias de Investigación. Lo primero que hará el Fiscal cuando al incoar Diligencias mediante Decreto, será (salvo que se declaren secretas) notificar ese Decreto de apertura, al encausado o investigado, al ofendido,

y perjudicados, al denunciante y al Tribunal de Garantías para que inscriba la causa. Dado el número de personas o entidades que han de ser notificadas, resulta obvio que será necesario reconfigurar el número de funcionarios existentes en las oficinas fiscales, en la medida que en este momento, de los 41.526 funcionarios de la Administración de Justicia, solo 1.910 prestan servicio en la oficina fiscal. Esa notificación al Tribunal de Garantías, tiene como misión fijar la competencia territorial, para la lógica continuidad de las actuaciones. (En el proyecto de Caamaño, se remitía al Juez de Garantías una copia de la primera comparecencia del encausado como fórmula de control del cómputo del plazo de las Diligencias.)

Aunque el borrador parece tener en cuenta los modelos italiano y portugués, ha de recordarse que en España, en la investigación por el Fiscal en materia de delincuencia de menores, ya se viene produciendo esta comunicación del Fiscal al juzgado, comunicación que no ha generado mayor problema trasladando los datos principales del caso e incluso el atestado.

La Fiscalía en este nuevo sistema, seguirá recibiendo los atestados o denuncias que se archivan porque siendo delito contra el patrimonio no se considera previsible la identificación de los responsables. Al hilo de lo expuesto, se mantiene en muchos de los debates que el tema ha planteado, que carece de mucho sentido esta recepción de papel, que puede quedar perfectamente en manos de la policía, y que quizá solo debiera motivar la comunicación de existencia e inicio por parte de la policía, sin perjuicio del derecho de todo ciudadano a denunciar ante la Fiscalía el mismo hecho o la no actuación policial de investigación. Y digo esto, porque sería un buen momento para superar la realidad que muestran los datos estadísticos más recientes: La existencia en la última estadística anual de 4.124.861 de Diligencias Previas incoadas en España, de las cuales el 90% es archivado con una vida media de dos meses. A la vista de la mecánica de tramitación de ese número de delitos sin autor conocido, quizá el futuro no debiera ir por repetir la práctica del juzgado de instrucción, realmente un visto mecánico, sino avanzar en la confianza entre Administraciones (del mismo modo que con otras diferentes de la de Interior, como puede ser la Tributaria u otras), haciendo que esa misma recepción y tramitación pueda quedar en ámbitos de Administración policial. Nada impediría en estos casos, mecanismos similares a los que establece el artículo 257, para los casos de querrela ante el Fiscal, en las que este decide no abrir Diligencias de Investigación, supuesto en el que, frente a la inactividad, el particular puede acudir al Tribunal de Garantías, que, a su vez, puede ordenar la apertura y práctica de diligencias urgentes que se soliciten.

La única excepción a esta inscripción de la causa ante el Tribunal de Garantías es la de procesos contra aforados, en cuyo caso y según el art. 38, la competencia para resolver sobre la inscripción corresponde al Tribunal del juicio, perviviendo pues las peculiaridades propias del régimen de aforamiento.

2. *Control del Tribunal de Garantías con relación a la conclusión por archivo*

Se diferencia claramente el supuesto de que lo acuerde el Fiscal del pedido por las partes.

a) ARCHIVO ACORDADO POR EL FISCAL

1.º En los supuestos más habituales (hecho no constitutivo de delito, no acreditación del hecho o del autor), según establecen los artículos 418 a 420, la decisión del Fiscal puede ser impugnada. El Tribunal de Garantías puede ordenar la continuación del procedimiento para permitir formular escrito de acusación por el acusador particular o popular.

Como se indicaba anteriormente, el art 257, prevé para el caso de que formulada querrela el Fiscal decrete el archivo o haya inactividad del Fiscal, la posibilidad de que el querellante impugne ese Decreto, y el Tribunal de Garantías ordené la apertura de Diligencias, aseguramiento de responsabilidades, medidas de protección de la víctima que fueran... En suma todas las actuaciones que resulten conformes a derecho y urgentes. Aquí el Tribunal de Garantías se convierte en auténtico órgano motor de la investigación, habiéndose producido críticas en el sentido, de si ello no le invalida para el control a posteriori de esas actuaciones que puedan realizarse, por contaminación. Particularmente me parece complicada esta interpretación porque la presunta contaminación, hasta la fecha, se centra más en la que se produce entre órgano instructor y órgano enjuiciador.

2.º El problema más importante lo plantean los casos de archivo por razón de oportunidad, principal novedad de la reforma. Este archivo, bien sea desde el principio o cuando se ha avanzado ya en la investigación, se encuentra regulado en el art. 91, también mencionado en el 418,f, siendo un tipo de archivo totalmente diferente al que hasta ahora conocíamos, en la medida que da la opción al Fiscal de archivar hechos constitutivos de delito y con autor conocido, en los supuestos previamente detallados en sus seis apartados.

La regla general es que cuando el Fiscal recibe una denuncia o un atestado puede archivar y su decisión según el tenor del artículo 91, no puede ser denegada por el Tribunal de Garantías.

Hay sin embargo, una excepción cuando la parte acusadora personada, pida al tribunal que le deje sostener la acción penal porque existe un *motivo fundado de interés de la justicia en llegar al enjuiciamiento*.

El problema que va a plantear este binomio (archivo por oportunidad según el Fiscal, interés de la justicia en llegar al enjuiciamiento que defiende una parte y es admitida por el Tribunal de Garantías), es que el Fiscal, cuando decida el archivo por razón de oportunidad, lo hará en términos parecidos en todo el territorio, según el principio de unidad de actuación y en atención a los parámetros que se decidan previamente. Sin embargo el concepto de *interés de la justicia en llegar al enjuiciamiento*, tendrá tantos contenidos e interpretaciones como Tribunales de Garantías existan, si no se prevé una fórmula, que parece que no hay en el texto, que permita unificar criterios.

Es importante recordar que no todos los supuestos de archivo por razón de oportunidad recogidos en el artículo 91, tienen características similares:

- 1.^a Es posible hacer un primer grupo, con los casos de escasa gravedad y no existencia de un interés público relevante en la persecución (91.1), o aquellos en los cuales, la sanción que al final se vaya a imponer sea irrelevante (91.2). La contraposición se da, en estos casos, entre el concepto escasa gravedad, o inexistencia de un interés público relevante en la persecución, que fundamente la actuación del Fiscal, y motivo fundado de interés de la justicia en llegar al enjuiciamiento, que es lo que fundamente la petición al juez. Llama la atención la escasa diferencia que parece haber entre interés público en la persecución que utiliza el art. 91, como criterio para la actuación del Fiscal, y el interés de la justicia en el enjuiciamiento que utiliza el párrafo segundo de ese mismo artículo, para el Tribunal. Cabe cuestionar por qué no se han utilizado términos más claros y uniformes, dado que en ambos casos se esta hablando de lo mismo, esto es llegar al juicio oral, y puesto que no se trata de acusar o no, sino de obligar al Fiscal a investigar para la acusación particular o popular, aunque el Fiscal decida no acusar.
- 2.^a Un segundo grupo, es el de los casos en los que el Fiscal decide suspender la causa, por delitos leves o menos graves, para el

cumplimiento de prestaciones (arts. 91.2 y 92). Si no hay criterios claros y uniformes que marquen de forma estricta los márgenes de interpretación de los Tribunales de Garantías, lo cierto es que, el riesgo de que el Tribunal no admita la suspensión y acuerde la continuación del procedimiento en interés de la justicia, abocaría a aplicar esta posibilidad, solo a aquellos supuestos en los cuales el acusador particular o el acusador popular, presta su conformidad a la suspensión del procedimiento, mermando la eficacia de un precepto que puede ser muy útil en términos de justicia real.

- 3.^a Un último grupo (números 4, 5 y 6 del art. 91) lo componen aquellos casos en los cuales el autor o participe pertenece a una organización y presta plena colaboración con la Administración de Justicia, o cuando el autor de un delito de extorsión o amenazas condicionales permita o facilite la persecución del delito, o cuando un particular denuncie un delito de cohecho o tráfico de influencias, que permita la condena del delito cometido por el funcionario público.

Estas opciones, ya recogidas en otras legislaciones como fórmula muy efectiva de lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada, son la expresión máxima del fundamento y razón de ser de la atenuante de arrepentimiento, confesión, colaboración de la justicia. Lo que es evidente es que solo pueden ser efectivas, cuando no exista el riesgo de que un acusador particular o popular pueda en un determinado momento hacer saltar esa colaboración, sentando en el banquillo al que ha colaborado. Permitir que el sobreseimiento pueda ser impugnado, en la medida que introduce un elemento de riesgo para el que colabora, dificultará las posibilidades de obtener esa colaboración.

En todo caso, lo que resulta es una actuación por parte del Tribunal de Garantías de filtro o control de la aplicación por el Fiscal del principio de oportunidad para no acudir a juicio, pudiendo hacer que se vaya a juicio si lo piden las otras partes.

b) ARCHIVO A PETICIÓN DE LAS PARTES

Tanto en el inicio como en la continuación de la investigación y hasta su conclusión, cabe la posibilidad de archivo en los casos conocidos: hechos no constitutivos de delito, exención de responsabilidad, falta de acreditación, falta de requisito de procedibilidad (art. 418). Ar-

chivo que obviamente y no debe ser de otro modo, puede ser impugnado ante el Tribunal de Garantías

El problema lo plantea la posibilidad de que las partes después de la comunicación del Fiscal al Tribunal de Garantías del inicio de las Diligencias, pueden también personarse ante aquel, y pueden en cualquier momento desde el inicio pedir el sobreseimiento. Dado que el encausado se persona simplemente con la citación a declarar ante la Fiscalía, lógicamente acudir al Tribunal de Garantías se convertirá en la primera actuación de toda defensa, porque el borrador prevé que el mismo puede, si así lo estima adecuado, acordar la suspensión de la investigación en ese momento. Empezamos pues con el primer parón de la investigación, que no se produce en la actuación del juez de instrucción.

Lo expuesto, se complica, si tenemos en cuenta que el art. 241 donde se prevé la posibilidad de pedir el archivo desde el inicio, no utiliza el término del art. 429, que también trata el sobreseimiento al concluir la fase de investigación. No dice cuando los hechos no son constitutivos de delito, o cuando no se ha acreditado la participación, que son conceptos usados a menudo en el texto. Se utiliza el término *cuando el hecho carezca manifiestamente de relevancia penal*.

Dado que este concepto de manifiesta relevancia penal, no es de los habituales hasta ahora en el legislador, surgen dudas sobre lo que han querido indicar los redactores del texto. ¿Es similar el concepto relevancia penal de este artículo al concepto interés público relevante en la persecución, que justifica el archivo por oportunidad por el Fiscal, según el artículo 91? En ese caso, ¿se referirá el concepto falta de relevancia penal a los casos en los que debiera haberse producido un sobreseimiento por oportunidad y el Fiscal no ha optado por ello?

Hay un criterio de interpretación fundamental que debiera impedir esta última equiparación. Según el art. 429, el Tribunal, salvo que lo pida el Fiscal, no puede en caso alguno acordar el sobreseimiento por razón de oportunidad, por lo que no parece lógico entender que puede referirse a esos supuestos.

Nos encontramos por tanto, ante un concepto genérico muy difícil de interpretar, con una causa de sobreseimiento demasiado aleatoria. Sería preferible que el art. 241 prescindiera del término falta de relevancia penal y recogiera los mismos conceptos que habilitan al Tribunal de Garantías para archivar en la fase posterior al sobreseimiento, esto es, que los hechos no sean constitutivos de delito, o que concurren cualquiera de las circunstancias que autorizan al sobreseimiento. Lo contrario puede dar lugar a tantos criterios de relevancia penal, como Tribunales de Garantías, o lo que resulta más rechazable, que de forma encubierta se admita lo que la ley excluye.

3. *Control del Tribunal de Garantías con relación a las diligencias a practicar*

a) DECISIÓN DE NO PRACTICAR LAS PEDIDAS POR LAS PARTES

Frente a la decisión del Fiscal de no practicar determinadas diligencias que se le solicitan, cabe que previa impugnación ante el Tribunal de Garantías, este ordene su práctica. La explicación, siendo lógica, se recoge en la Exposición de Motivos, al considerarse necesario garantizar que otras partes puedan acudir al juicio, en unas condiciones no más gravosas de las que tiene el Ministerio Fiscal. Tanto la defensa como otras partes acusadoras han de tener opciones de investigar o recoger fuentes de prueba, que la falta de recursos económicos o de fuerza coercitiva les impediría.

El riesgo previsible es el ya conocido y existente de tácticas de defensa basadas en peticiones que dilaten y retrasen como sucede ahora, de forma que cuando se denieguen, dado que la impugnación da lugar a remisión de testimonios, informes, etc., la negativa a la práctica de una diligencia retrase tanto o más que la práctica de la misma. De este modo, nada mejora el nuevo sistema la situación actual, siendo preferible, excluir esta posibilidad de impugnaciones masivas, por la apertura de un turno de diligencias complementarias que conlleve la practica la mayor parte de las que defensa y acusación salvo que sean absurdas o muy irrelevantes, manteniendo la impugnación para ese momento procesal concreto.

b) DECISIÓN DE PRACTICAR DILIGENCIAS

La posibilidad de continua impugnación de la decisión de practicar diligencias, que establece el mencionado artículo 128, solicitando la nulidad o anulabilidad de las mismas, no avanza respecto a la situación actual, y coloca la investigación ya de inicio en riesgo de retraso, dados los propios términos y exigencias de la impugnación con remisión de testimonios e informes.

En principio la impugnación de los decretos no tiene efecto suspensivo, salvo que el Tribunal la acuerde, ahora bien, si realmente no estamos hablando de vulnerar derechos, ni de actuaciones con valor probatorio, puesto que no lo tienen, cabe preguntarse por qué no avanzar hacia otras fórmulas, como la de hacer constar la impugnación, y que se resuelva la pertinencia de esas diligencias en un momento posterior, sin torpedear el único gran valor que ahora tienen las diligencias del Ministerio Fiscal, esto es, la agilidad.

Se excluyen de impugnación las diligencias de solicitud de una autorización o actuación del Tribunal, o aquellas en que decidan una medida que debe ser ratificada por el Tribunal por disposición legal (como por ejemplo, la diligencia para determinar la ubicación de una persona en caso de urgencia, que el Fiscal puede autorizar y debe ser comunicada y ratificada por el TG).

4. *Control del Tribunal de Garantías en la fase de acusación del Fiscal*

El texto prevé, en el art. 422, que cuando concluyan las investigaciones el Fiscal dictará decreto de conclusión y formulará escrito de acusación. Según el art. 427,3 presentado el escrito de acusación, el encausado puede pedir revocar el decreto de archivo y práctica de otras diligencias que considere indispensables para la defensa y que hubieran sido injustificadamente denegadas por el Ministerio Fiscal.

De este modo, según el art. 128, con carácter general, a lo largo de toda la investigación, el encausado ha podido impugnar todos los Decretos en los que se acuerden o denieguen medidas de investigación, todas las de recogida de instrumentos o efectos del delito o fuentes de prueba... y, una vez concluida la investigación, vuelve a poder por vía de este artículo recurrir de nuevo, y pedir las que fueron denegadas por el Fiscal y por el Tribunal de Garantías.

Este es el tenor literal, y no hay matización que excluya estas nuevas dilaciones. Lógicamente la interpretación racional, sería la imposibilidad de nueva impugnación, a menos que se trate de diligencias nuevas o a raíz del resultado de otras que demuestren la necesidad de las pedidas en su día, pero lo que importa subrayar, es que poco se ha avanzado con estos artículos respecto a la situación actual.

5. *Otros controles de la investigación*

a) DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El artículo 127 del borrador señala un plazo de seis meses a contar desde la fecha del Decreto de apertura, que si la investigación es compleja se convierte en 18 meses por decisión del Fiscal, sin perjuicio de acudir al Tribunal de Garantías de precisar mayores plazos. En el anterior proyecto de modificación de la ley procesal, el plazo previsto era doce meses que se contaban desde la fecha de la primera comparecencia del investigado, con sanción ante el exceso temporal

en la investigación, de falta de validez de todo lo realizado pasado ese plazo.

El texto propuesto de Código Procesal no recoge esta sanción, aunque ha de reconocerse que si estamos ante un avance importante respecto a la situación actual. Después de años, de sufrir dilaciones en la tramitación de los juzgados de instrucción, con peticiones que se resuelven al cabo de meses, debemos congratularnos que se intente un remedio contra la lentitud o falta de agilidad, aunque recaiga sobre la fiscalía tal carga y no se haya optado hasta la fecha por imponerla al juzgado. A riesgo de ser demasiado optimista, y a pesar de comentarios en contra, creo que sería factible para la Fiscalía cumplir los plazos, siempre que se matice que el régimen de impugnaciones no se computara, afirmación que se puede apoyar en:

- La idea de los promotores del texto, manifestada públicamente, y que puede deducirse de muchos de los artículos del borrador, del número de procedimientos que van a exigir una investigación más detallada. Partiendo del dato de que el 60% de los asuntos que tramita un juzgado no llega a juicio, la investigación se puede centrar en menos casos, sobre todo porque van a potenciarse mecanismos de mediación, archivos por razón de oportunidad, conformidad, y otros.
- La experiencia vivida, cuando la Fiscalía absorbió la delincuencia de menores en términos y plazos que manteniendo las garantías del menor, han supuesto que los procedimientos penales que afectan a los mismos, se sustancien en tiempos impensables para un juzgado de instrucción.

Cabe pedir prórroga del plazo ante el juez de garantías. El problema surge cuando el juez de garantías no la acuerda, por considerar que no está justificada o el procedimiento se ha dilatado demasiado. En este caso no cabe recurso. Su falta, resulta especialmente llamativa, porque fuerza o bien al sobreseimiento o bien a acudir al juicio, con datos insuficientes, que pueden no superar el filtro del juez de la Audiencia preliminar. Dado el sistema generalizado de impugnaciones del artículo 128, resulta inexplicable la razón que impide el recurso frente a la decisión de no dar más plazo para investigar. En mi opinión la falta de recurso ante una decisión unipersonal de impedir una investigación durante unos meses más después de un año, resulta inexplicable, y demasiado drástica como cambio respecto al sistema procesal vigente que nos muestra investigaciones durante años, sin apreciarse mayor cuestionamiento y sin aplicación de atenuante de dilaciones, por no concurrir los presupuestos de la misma.

b) SECRETO DE ACTUACIONES

Está también bajo control del juez de garantías, la decisión del Fiscal de acordar el secreto total o parcial del procedimiento (art. 137). Esta decisión no es susceptible de impugnación, pero debe ser ratificada en el plazo de diez días por el Tribunal de Garantías en auto, que sí puede ser recurrido en apelación.

Es de toda lógica y derecho, del mismo modo que ahora, el Fiscal puede recurrir la decisión de declarar secretas las actuaciones. No se recoge en el texto actual sanción expresa para el exceso de plazo de secreto, que sin embargo, recogía el proyecto anterior, la nulidad de todo lo practicado fuera de ese tiempo. El plazo del secreto, según el art. 138 es de tres meses con máximo de prórroga hasta seis o doce en este último caso cuando se trata de grupos organizados.

c) MEDIDAS LESIVAS DE DERECHOS

Independientemente de las facultades de control indicadas, el Tribunal de Garantías es igualmente el órgano que admite las medidas de investigación que suponen posible lesión de derechos, lo que más que un control de la investigación, es en mi opinión la auténtica esencia de lo que debe ser el Tribunal de Garantías. Llama la atención de que se haya establecido el sistema de petición razonada, como fórmula de motivación inducida. Esta fórmula tan específica de solicitud obliga a quien dirige la investigación a un esfuerzo añadido, que sin embargo es sumamente deseable, en la medida que al facilitar, al Tribunal que debe resolver, los términos de lo que queda afectado, garantizara que la medida lesiva de derechos sea adoptada con escrupuloso respeto de la legalidad.

d) EXCLUSIÓN DE PRUEBA PROHIBIDA

Corresponde igualmente al Tribunal de Garantías la exclusión de la prueba prohibida. Las opciones que se planteaban estaban entre el Tribunal de Garantías, el juez de la Audiencia preliminar y el juez sentenciador. Frente a destacados procesalistas, partidarios de los dos últimos, la tesis por la que optado el texto es la de incluir al Tribunal de Garantías. Parece lógico por el efecto contaminante que puede tener la diligencia sobre las restantes. La conclusión es que la defensa puede hacer valer que una prueba es prohibida ante el Fiscal, ante el Tribunal de Garantías, ante el Tribunal de Juicio, y a través de los oportunos recursos contra las resoluciones. Si ahora se crea un auténtico órgano especiali-

zado en garantías, parece lógico pensar que el Tribunal del Juicio tendrá el mismo criterio que el Tribunal de Garantías, pero lo cierto es que, como es lógico, y a pesar de esta presunta especialización en garantías, el juez sentenciador no se encuentra vinculado por el pronunciamiento de aquel.

e) MEDIDAS CAUTELARES

El Tribunal de Garantías se encarga también de las medidas cautelares y se convierte también en Tribunal Sentenciador en los casos que la ley prevé. Cuando el encausado en el curso de las Diligencias de Investigación llega a un acuerdo de conformidad con el fiscal, el escrito de acusación inmediata con rebaja de un tercio, se remite al Tribunal de Garantías que controlara la conformidad y dictara sentencia de conformidad inmediata. Términos pues similares a la práctica actual de los Juzgados de Instrucción, y nueva muestra de que el modelo acoge continuamente los planteamientos del actual. Nada debiera impedir optar para la emisión de sentencia por el Tribunal Sentenciador que se nutriría en su experiencia para emitir sentencias de supuestos de hecho como los que habitualmente se tramitan por esta vía, dejando al Tribunal de Garantías el ámbito que le es propio.

f) PRUEBA ANTICIPADA

El Tribunal de Garantías es competente según art. 432, para la práctica de prueba anticipada, del mismo modo que en el anterior proyecto el Juez de Garantías era competente también para el incidente de aseguramiento de prueba. (Cabe la posibilidad ante el Tribunal de Juicio como lo era en el anterior proyecto competente el Juez de la Audiencia Preliminar, si surgiera la necesidad en esa fase intermedia o abierto el juicio oral ante el Tribunal Sentenciador (art. 551 del anterior proyecto).

g) ÓRGANO DE TRAMITACIÓN

Aunque este es un papel, que más bien pudiera haber correspondido, como es la línea actual en cuestiones de tramitación y proceso, al Secretario, se encarga al Tribunal de Garantías la función de traslado de los escritos de acusación a las partes, cuando son previos al juicio oral. E igualmente remitir toda la causa al Tribunal del Juicio (art. 436).

A modo de conclusión, el Código Procesal penal que analizamos, de inicio, atribuye al Fiscal muchas de las diligencias propias de la investigación (recogida de datos, examen del lugar, levantamiento del cadáver y autopsia o exhumación, la circulación y entrega vigilada de drogas, monedas, bienes de blanqueo...), pero, no es menos cierto, que el número de las que exigen solicitud o ratificación del Tribunal (la actuación de agente encubierto...), resultan excesivas para poder considerar que esta dirección de la investigación por el Fiscal, supone un avance. Las características de la tutela y control de la investigación que se atribuyen al Tribunal de Garantías, así como el régimen de impugnaciones generalizado, convierten el sistema en un cambio de papeles entre juez de instrucción y fiscal investigador, sin ventajas reales y suficientes frente a la situación actual.

Los redactores han optado por un modelo de Tribunal de Garantías, en el que se centralizan demasiadas prerrogativas y facultades, hasta el punto que su implicación en la investigación se hace excesiva en un sentido u otro. Nuevamente no se reconoce a las fases posteriores a la investigación y al juicio oral la importancia que les corresponde, puesto que se adelantan y exacerban los controles en unas fases preliminares y frente a un modelo de investigación que no crea prueba. Cautelas, por otro lado, que si debieran existir, no debieran dar lugar a concentrar en un órgano único facultades de control de tan diferente naturaleza y entidad como las expuestas. Si no se reconoce al Ministerio Fiscal una mayor autonomía en la dirección de la investigación, se habrá hecho un esfuerzo ingente para el cambio, con un resultado dudoso de superación de la situación actual, a todas luces insatisfactoria y necesitada de cambios reales.

Siendo hasta la fecha el modelo de investigación de la delincuencia de menores en España, un modelo en el que se reconoce una mayor autonomía al Fiscal encargado de su dirección, con unos claros índices de éxito frente a la de mayores de edad, no solo en tutela de garantías sino en ratios de eficacia en respuesta frente al delito, resulta de difícil comprensión, la desconfianza hacia la actividad del Fiscal que se trasluce en el texto, so pena de considerar que los redactores se plantean aunque no expresan, el riesgo de intervención de poderes políticos sobre su actuación, cuando en realidad, ese riesgo puede evitarse con las oportunas modificaciones del Estatuto del Ministerio Fiscal².

² En muchos países de nuestro entorno, como por ejemplo la República Federal alemana, se mantiene una organización de la Fiscalía, como órgano jerárquicamente estructurado, no independiente, cuyos miembros deben acatar las órdenes propias del servicio de su superior, reconociéndose igualmente amplias facultades a la policía para la investigación, sin que estos extremos hayan generado tacha de legitimidad a sus facultades investigadoras.

Quizá la cuestión que cualquier iniciativa de cambio debe plantear de forma clara, no es tanto quien conduce el proceso, entendido este como cauce, medio o instrumento para la averiguación del delito y responsabilidades derivadas, sino como es ese cauce o instrumento. En tiempos de avance de nuevos fenómenos de criminalidad, medios de ocultación o enmascaramiento de la autoría, y posibilidad de perjuicios masivos de necesaria paralización con actuaciones dotadas de mayor agilidad, lo determinante es que el legislador dote al proceso de flexibilidad que no implica merma de garantías como voces demasiado interesadas quieren hacer ver. Evitar la confusión entre control de legalidad de los actos procesales y vulneración de derechos y garantías, estableciendo que el primero puede realizarse en fases concretas y no a lo largo de cada uno de los actos procesales despejaría el riesgo de ineficacia de un sistema procesal de continua impugnación.

Quede constancia, sin embargo, de la posición totalmente favorable de quien escribe a la investigación por el Ministerio Fiscal, aunque reclamando para ello, un marco procesal más amplio, una mayor autonomía que evite los debates que hasta la fecha minan la imagen y la confianza en la actuación del fiscal, así como cambios, no solo de personal, en las diferentes oficinas de los órganos implicados. En ese marco, sería posible el necesario cambio de mentalización respecto al propio trabajo. Mentalización, que en el caso de la transformación del juez de instrucción en tribunal o juez de garantías se nos antoja desde la Fiscalía tanto o más difícil que la que ha de producirse, de fiscal que interviene (permítaseme la expresión por su plasticidad) en el papel del juzgado, a Fiscal que genera el papel propio. Así como el Fiscal ha venido asumiendo en los últimos años, un papel de impulso de la instrucción, e incluso una labor propia de investigación, en la jurisdicción de menores y en las Diligencias de Investigación, en cambio en los juzgados de instrucción, el juez que actúa en una cuestión de vulneración de derechos, dicta la resolución respecto a una investigación que ha asumido como propia, o en la mayor parte de los casos en su investigación (por no añadir su actuación como juez sentenciador en juicios de faltas o en otros procedimientos). Con el cambio de modelo procesal ya no resolvería sobre su investigación, sino sobre lo ajeno, lo que en abstracto puede ser de mejor derecho y garantías para el ciudadano, pero que en clave de mentalización y adaptación, exigirá un esfuerzo mayor.

Es conocido que en este momento se mantiene en el ámbito de la Fiscalía un cierto cuestionamiento sobre la conveniencia de cambiar de posición procesal. Siendo, en mi opinión, necesario un cambio de la actual situación y ante el futuro complejo que nos espera con relación a las nuevas formas de criminalidad, el trabajo de quien asuma esta de-

cisión, ha de reconocerse muy complicado. Habrá que esperar a los siguientes pasos que desde el poder ejecutivo se decidan, a los trámites parlamentarios, si se continúa hasta los mismos, para poder estudiar si realmente estamos ante algo más que el simple cambio de papeles.

En todo caso, por acabar con el reconocimiento, por un lado, al esfuerzo de quienes han asumido estos borradores, y por otro, a los muchos artículos del texto de auténtico valor, por mi parte, si pediría al legislador, que de no decidirse a abordar la reforma completa, haga entrar en vigor, termine como termine, el artículo 119, según el cual, todas las actuaciones judiciales deben tener un índice paginado de su contenido, y una pieza separada o archivo adjunto diferenciado con todo lo relativo a la notificación a las partes de los actos procesales. Seguro que los que padecemos el papel que generamos, solo con eso, habremos ganado mucho con la modificación.

Bibliografía

- Alonso González, Ana Belén. *El juez de garantías en el proceso acusatorio. Diferentes opciones de Derecho comparado.*
- Flores Prada, Ignacio. *Modelos de Ministerio Público en el Derecho comparado. El Ministerio Público en Italia.*
- Gómez Orbaneja, Emilio y Vicente Herce Quemada. *Manual de Derecho Procesal Penal.*
- Montero Aroca, Juan. *Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley y las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral.*

Intromisiones en la esfera de los derechos fundamentales

María José Martínez Sainz
Magistrada. Audiencia Provincial de Bizkaia

I. Introducción

Justifica mi participación en las X Jornadas de Derecho Penal en Homenaje a José M.^a Lidón poner sobre la mesa de debate una serie de modificaciones recogidas en la **Propuesta de Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013**, en particular sobre el modo en el que se aborda en su articulado algunas diligencias de investigación, de especial relevancia entre todas las previstas en el Título II de su Libro IV, al conllevar un fuerte sacrificio de derechos fundamentales del máximo rango axiológico como son el derecho a la intimidad, integridad, libertad y secreto de las comunicaciones.

Como antecedentes del nacimiento de la Propuesta de 2013 diremos que venía precedida de un intenso debate desde hacía años paralelo a una igualmente intensa actividad prelegislativa, sobre la idea común de que resultaba necesario abordar la creación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal frente a la LECrim de 1882 vigente en la actualidad. Debate del que, a su vez, fueron surgiendo algunas modificaciones que fueron incluidas en su texto, sustentándose en particular la Propuesta del texto de 2013 en varias de las ideas recogidas en un anterior **Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011**. Y éste primer Anteproyecto a su vez había tenido su origen en primavera de 2010 al crearse un Grupo de Trabajo con el objeto de crear una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que dio como fruto dos cuerpos legislativos. Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, destinado a la regulación concreta de las distintas fases del proceso penal, excluidos los aspectos de cada derecho fundamental directamente afectados en su proyección sobre el mismo, los cuales al precisar el desarrollo de su contenido reserva de Ley Orgánica, arts. 81.5 y 55.2 CE, se recogieron a su vez en el Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-41-6, núm. 10/2014, Bilbao, págs. 225-246

Se componía el Anteproyecto de LO de tres Títulos diferenciados.

Título I. Derechos y libertades relacionados con el proceso penal, sobre la incidencia del proceso penal en los derechos fundamentales sustantivos incluidos en los artículos 15 a 18 CE (vida e integridad física y moral, libertad y seguridad, honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones y espacio de autodeterminación informativa del ciudadano. Título II. Relativo a los Derechos fundamentales procesales, esto es los pilares que sustentan la noción de proceso equitativo a que alude el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales: derecho a la presunción de inocencia, de defensa y secreto profesional, a conocer la acusación, a guardar silencio y no declarar contra sí mismo, garantías probatorias, derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, y a que no surtan efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales, todos ellos incluidos en el art. 24.2 CE. Y, por último, el Título III, dedicado a las reglas procesales con efectos sobre la pena.

Pero no llegó ninguno de ambos textos de los que se componía el Anteproyecto de 2011 a ser presentado finalmente a las Cortes para su aprobación al convocarse elecciones anticipadas en noviembre de ese año. Si bien con posterioridad se continuó con la idea de reforma integral de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, creándose por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo la 2012 una Comisión Institucional encargada de la elaboración del nuevo borrador.

El trabajo de esta Comisión culminó en febrero de 2013 siendo presentada públicamente por el Ministro de Justicia la Propuesta de Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013, como un texto sustitutivo de la vigente LECrim de 1882, y llamado también a suceder a las actualmente reguladoras del Jurado, aprobada por LO 5/1995 de 22 de mayo y de Habeas Corpus, LO 6/1984 de 24 de mayo.

Y más allá de las opiniones que puedan derivarse del modo en el que se aborda el tratamiento de la equiparación de posiciones entre acusaciones y defensa en la fase de investigación, o la sustitución del principio de legalidad en la persecución penal por el principio de oportunidad reglada, y consecuente afectación del principio de igualdad, que serán objeto también de estudio en otras intervenciones de la Mesa Redonda, una de las ideas más emblemáticas derivada de la necesidad de garantizar la neutralidad del juez como instancia de garantía de los derechos fundamentales y su imparcialidad para la emisión del juicio de acusación dejando atrás los esquemas del proceso penal

recogidos en nuestra vigente LECrim, es la atribución al Fiscal de la instrucción penal, y consiguiente supresión de la figura del Juez de Instrucción, junto con la creación de los denominados Jueces de Garantías, a quienes se encomienda la adopción, control y cese de la mayoría de las medidas limitativas de los derechos de los ciudadanos, a salvo algunas de ellas que se atribuyen también al Fiscal.

Particular relevancia tiene dentro de esta nueva configuración el modelo por el que se opte dentro de los diferentes previstos para el Tribunal de Garantías en la fase de investigación.

En primer lugar, distinguiendo entre la relación y/o vinculación existente entre el Tribunal de Garantías y el proceso existe un modelo disperso de control judicial, en el que no hay un juez de la investigación propiamente dicho, seguido por el sistema penal alemán. Habiéndose decantado en cambio la Propuesta de 2013 por un modelo concentrado, con controles tasados y rogados en aspectos funcionales, y concentrado y especializado en aspectos orgánicos.

Y este modelo concentrado cuenta a su vez con diversas versiones en atención a la naturaleza de las tres funciones principales asumidas por la autoridad judicial en la fase de la investigación.

La primera de ellas, con un Juez de Garantías para las diligencias sujetas a autorización judicial. Un Juez de Libertades al que se encomienda el control de las medidas cautelares personales y un Juez de (control de la admisibilidad de) la Acusación, esto es, el que adopta la decisión acerca de la apertura del juicio oral o, en su caso, del sobreseimiento de la causa (sistema italiano o francés).

En la segunda, que representa la transición más sencilla entre la figura del actual Juez de Instrucción al Juez de Garantías, si bien puede conllevar el riesgo de problemas derivados de sospechas de parcialidad o contaminación ya que un mismo Juez tiene atribuidas las 3 funciones. Seguido por el sistema portugués, es también el sistema elegido por la Propuesta de 2013.

Y la tercera versión, intermedia entre las dos anteriores, en la que un mismo Juez es el que asume las funciones de Garantía y de Libertad, mientras que la decisión acerca de la apertura del juicio oral corresponde a otro Juez distinto, en la idea de buscar un equilibrio entre las ventajas del control judicial concentrado con la salvaguarda de la pureza del juicio de acusación, alejado de las implicaciones derivadas de cualquier tipo de decisión previa. Había sido el modelo elegido en el Anteproyecto de 2011.

Analizaremos a continuación cómo un cambio tan sustancial de la configuración del nuevo proceso penal puesto en relación con la tensión entre la exigencia ciudadana de seguridad pública y los derechos a

la libertad y al conjunto de derechos que conforman las libertades civiles, afecta de manera directa a materia tan sensible como es la restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos que se ve inmersos en una investigación penal.

II. Principios y derechos esenciales del proceso y de los intervinientes

En el título Preliminar de la Propuesta de 2013, dividido en 20 artículos, se recoge el espíritu que late en la construcción del nuevo modelo de proceso penal abordando, dentro del marco de las disposiciones constitucionales e internacionales, los principios rectores del proceso y los derechos de los justiciables tanto en la fase de investigación como en la posteriores de enjuiciamiento y ejecución.

Resulta particularmente necesaria la declaración recogida en dicho título de los derechos básicos de la persona por los órganos públicos intervinientes, ya que cuando un proceso penal se dirige contra una persona su libertad es sometida a situaciones de seria amenaza. Y singularmente con ocasión de las medidas cautelares y de las diligencias de investigación que puedan acordarse durante la sustanciación de la fase previa a la apertura del juicio oral, por cuanto que no existiendo aún una resolución definitiva que ponga fin al procedimiento, en muchas ocasiones dichas diligencias conllevan una fuerte injerencia en los derechos fundamentales de la persona afectada.

Entre los derechos que conforman el sustrato de los **principios esenciales del proceso**, aunque varios de los recogidos son ya conocidos (principio de legalidad y jurisdiccionalidad, art. 1; de contradicción, art. 2; principio acusatorio, art. 3; y de oralidad, publicidad e inmediatez, art. 4. Otros son de nuevo cuño haciéndose eco de la doctrina científica y jurisprudencia existente al respecto (principio de igualdad de armas, art. 2; prohibición del doble enjuiciamiento, *non bis in idem*, art. 11; principio de prohibición de exceso, art. 12; exclusión de la prueba prohibida, art. 13; tutela de las víctimas, art. 14; y principio de la buena fe procesal, art. 17.

Por su parte, como **derechos fundamentales del encausado** se invocan en su articulado el derecho a la dignidad, en especial en lo relativo a su autonomía personal e integridad física y moral, art. 5; el derecho de defensa, incluido el de entrevistarse el encausado reservadamente con su abogado antes y después de cualquier declaración, incluso en sede policial, art. 7; derecho al conocimiento de la acusación, art. 8; proscripción de consecuencias perjudiciales derivadas del

ejercicio del derecho a guardar silencio o negativa declarar, art. 10; derecho a la doble instancia, art. 15; y a un proceso sin dilaciones indebidas, art. 16.

Y singularmente como **derechos fundamentales de contenido procesal**, en el art. 6 el derecho a la presunción de inocencia (criterio objetivo de suficiencia de la prueba en el que ha de basarse la condena, o declaración de culpabilidad con estándares de prueba más allá de toda duda razonable) e *in dubio pro reo*, expresión de un estado subjetivo, el de la incertidumbre, frente a la certeza de culpabilidad. Aunque la Propuesta de 2013 ha optado por definir separadamente el principio de presunción de inocencia y el de *in dubio pro reo*, en el Anteproyecto de LO de 2011 se establecía en el art. 8 dedicado específicamente al primero de ellos que la ley determinaría los medios de prueba que, por sí solos, no son suficientes (objetivamente inidóneos para inferir la culpabilidad del acusado con el suficiente grado de certeza) para desvirtuarlo. En esta concepción de la presunción de inocencia, el principio *in dubio pro reo* (prohibición de condena dubitativa) se incorporaba en el contenido del derecho fundamental exigiendo que la culpabilidad resultara establecida más allá de toda duda razonable.

Por otro lado, directamente relacionada con el derecho a ser tratado como inocente hasta que no se demuestre la culpabilidad se encuentra la necesidad de reducir al mínimo las medidas en la fase de investigación que supongan una injerencia en la esfera de los derechos fundamentales.

La búsqueda de lo realmente sucedido, la verdad de la *notitia criminis*, derivado de la concepción del Derecho Penal del hecho, que no de autor, no es un valor absoluto que justifique su obtención a cualquier precio, siendo la salvaguarda de los derechos fundamentales un valor que prima sobre otros fines también legítimos como es la investigación penal o el derecho del Estado a perseguir la sanción por los delitos cometidos.

Y la legitimación de dichas injerencias restrictivas de derechos con fines de investigación o para asegurar el curso del proceso penal requiere en primer lugar la existencia de indicios racionales de criminalidad, coherentes, lógicos y precisos, con prohibición de acudir a ellas en investigaciones preliminares o prospectivas. En segundo lugar, que se aprecie la necesidad de la diligencia solicitada (esto es, que sea pertinente para lograr el objetivo pretendido y que existan otras alternativas menos gravosas ya que si las hubiera, habría que optar por ellas) y la proporcionalidad entre la restricción de derechos que conlleva y la gravedad del delito investigado, requiriendo en todo caso previa autorización y ulterior control judicial.

Y es precisamente en la valoración del criterio de la proporcionalidad de la injerencia, optando por criterios limitativos en función de una concreta tipología delictiva o en razón a la pena, donde se pueden detectar con mayor claridad las líneas de las concretas políticas criminales adoptadas por los distintos ordenamientos jurídicos

En particular, en el art. 12 de la Propuesta de 2013 se recogen las líneas generales del principio de proporcionalidad bajo la denominación de *principio de prohibición de exceso*. Dispone literalmente:

1. La adopción y práctica de medidas restrictivas de derechos individuales sólo es admisible cuando no resulten excesivas y concurren la totalidad de los requisitos de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad establecidos en este artículo.

2. Sólo podrán autorizarse y ejecutarse las medidas de investigación o cautelares restrictivas de derechos previstas por la Ley. Las medidas no previstas por la Ley están prohibidas.

3. Las medidas han de acordarse exclusivamente para la consecución de las finalidades para las que se encuentran legalmente previstas.

4. Las medidas deben ser idóneas para alcanzar sus fines y adecuadas a los mismos en las circunstancias del caso en su contenido, medida, duración y en su ámbito subjetivo de aplicación.

5. Será preferida la medida menos gravosa que sea suficientemente eficaz.

6. Las medidas serán proporcionadas, de forma que, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la realización de la ponderación de los intereses en conflicto la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Como complemento del anterior, ante supuestos de contravención a los condicionantes establecidos, el artículo 13 recoge haciéndose eco de la pacífica y consolidada doctrina jurisprudencial existente al respecto, el *principio de exclusión de la prueba prohibida*:

1. No surtirán efecto en el proceso las informaciones o fuentes de prueba obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales o las pruebas en cuya práctica se lesionen los mismos. Tales pruebas serán de valoración prohibida.

2. Como excepción a la disposición establecida en el apartado anterior, podrán ser utilizadas y valoradas las pruebas que, sin estar conectadas con un acto de tortura, sean:

a) favorables al encausado; o

b) consecuencia indirecta de la vulneración de un derecho fundamental si, con independencia de la existencia del nexo causal entre la infracción del derecho fundamental y la fuente de prueba, en atención a las concretas circunstancias del caso, se llega a la certeza de que, conforme al curso ordinario de la investigación, la fuente de prueba hubiera sido descubierta en todo caso; o

c) consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental exclusivamente atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas.

3. La declaración autoincriminatoria del encausado, prestada en el plenario en términos que permitan afirmar su voluntariedad, se entenderá desconectada causalmente de la prueba declarada nula.

4. En cualquier momento en que se constate la existencia de la infracción del derecho fundamental afectado las informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas han de ser excluidos del proceso, sin perjuicio de que, rechazada la exclusión, las partes puedan reproducir con posterioridad la petición de declaración de nulidad de la prueba.

Sirva de apunte mencionar en este punto que sería deseable que el control judicial sobre la exclusión de la prueba ilícita, en el marco del nuevo sistema procesal analizado se realizara en la fase previa del juicio de acusación, sin relegarla al propio acto del plenario como viene sucediendo en la actualidad en la inmensa mayoría de las ocasiones. Con ello, además de restablecer, en el caso concreto, el derecho fundamental que se pudiera haber visto vulnerado, se impediría que pruebas nulas puedan acceder al debate del plenario de forma conjunta con la restante propuesta y admitida y el efecto indeseado de posible contaminación del alcance convictivo que de toda ella en su conjunto pueda realizar el Tribunal.

III. Medidas cautelares de naturaleza personal

Constituyendo la **libertad** uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español, art. 1.1 CE en su sentido polisémico, particularmente en su vertiente de libertad deambulatoria es un derecho fundamental de la persona, art. 17.1 CE, que puede verse singularmente afectado en el curso de la fase de investigación de un proceso penal en el que rige el derecho a la presunción de inocencia, hasta el punto de que se establece un mecanismo específico de protección contra su privación ilegal, el procedimiento de *habeas corpus* para lograr la inmediata puesta a disposición de toda persona detenida ilegalmente, art. 17.4 CE.

La Propuesta de LECrim de 2013 incorpora en sus artículos 169 a 173 normativa específica de la institución del *habeas corpus* procedente de la LO 6/1984 de 24 de mayo que la implantó y que con dicho texto se deroga. No obstante, no parece solucionarse en dichos preceptos, al no hacer constar las causas tasadas de rechazo liminar, el problema derivado de la posibilidad de denegar la incoación del *habeas corpus a limine litis* en el que no es preciso oír al detenido, y que hasta la actualidad ha venido motivando la interposición, y ulterior estimación, de múltiples recursos de amparo ante el TC.

Dispone en concreto el art. 172.3: «El Tribunal examinará la concurrencia de los requisitos para su tramitación, incoando de inmediato el procedimiento o denegando la solicitud mediante auto, sin necesidad de oír en este último caso al privado de libertad. La resolución se notificará al interesado o al solicitante y al Ministerio Fiscal. Contra el auto denegatorio sólo podrá interponerse recurso de apelación».

La posibilidad de interponer recurso de apelación contra la denegación de la admisión del *habeas corpus a limine litis*, constituye una mejora novedosa respecto a la actual previsión legal en que no es susceptible de recurso, si bien tendrán que establecerse mecanismos en torno a la previsión del Órgano Judicial competente para resolver el recurso en el límite máximo de las 72 horas.

Por su parte, la figura de la **detención** (regulada en los arts. 161 a 168) puede acordarse antes de haberse incoado un proceso penal, conllevando la privación de la libertad ambulatoria de una persona por un corto periodo de tiempo como consecuencia de la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho delictivo.

Al tratarse de una medida cautelar para llevarse a cabo la detención de una persona sospechosa se exige que exista un peligro para el proceso penal si no se adopta, pudiendo acordarse solo cuando se den los presupuestos exigidos y respetando las oportunas garantías. Y a diferencia de otras medidas cautelares restrictivas de derechos en la fase de investigación del proceso, se prevé que pueda ser practicada, al igual que en la regulación actual, directamente por la Policía e incluso por cualquier ciudadano particular, sin la previa existencia de una orden de detención judicial, si bien se introducen novedades, manteniéndose su excepcionalidad frente a la regla general de citación del denunciado o querellado para ser oído, como es la reducción a cinco supuestos tasados en los que la policía debe detener y a tres en los que puede un particular practicar una detención por un particular, limitándose a evitar su fuga y a velar por su seguridad, y con la obligación de poner de inmediato al detenido a disposición policial.

En particular, en cuanto a la limitación en el plazo de detención policial, en art. 164 dispone:

1. La Policía deberá detener a las personas que se encuentren en cualquiera de los supuestos del artículo 162 de este Código.

2. La detención durará el tiempo imprescindible para alcanzar la finalidad del supuesto legal de que se trate, cesando de inmediato la privación de libertad si desapareciera la causa que la motivara.

En el plazo máximo de veinticuatro horas la detención se comunicará al Ministerio Fiscal, el cual en el tiempo imprescindible dentro de las veinticuatro horas siguientes dictara decreto en el que acordará la libertad del detenido o su puesta a disposición judicial. Si dictara decreto de detención, la puesta a disposición judicial habrá de producirse dentro del plazo máximo de setenta y dos horas desde que se hubiera practicado la detención policial.

3. La detención para identificación de una persona no se podrá superar el plazo máximo de seis horas.

4. Si la Policía debiera practicar diligencias urgentes de investigación y por la especial dificultad del caso resultara insuficiente el plazo de veinticuatro horas, mediante oficio motivado se solicitará al Fiscal una prórroga de veinticuatro horas del tiempo de detención. En los supuestos de organización criminal la prórroga podrá ser de hasta cuarenta y ocho horas.

Por su parte, el artículo 166 se destina a la detención judicial y sus plazos y establece:

1. De oficio o a instancia de parte el Tribunal podrá ordenar la detención en los supuestos previstos en los números 4.º y 5.º del artículo 162 de este Código y cuando resulte imprescindible para asegurar la presencia en una comparecencia o en el acto del juicio oral del encausado, de un testigo o de un perito que injustificadamente no se haya presentado practicada en forma la citación.

2. La Policía Judicial pondrá a disposición del Tribunal al detenido en la fecha y hora indicada, si constara en la orden de detención, o en el plazo de veinticuatro horas. La autoridad judicial decidirá la situación personal del detenido en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la práctica de la detención.

De la lectura de dichos artículos no parece que vaya a suponer en la práctica un verdadero cambio la novedad proclamada por los autores del texto de que se reduce por fin al límite de las veinticuatro horas que preveían todas las constituciones históricas españolas y de que se vaya restablecer la tradición liberal interrumpida durante más de setenta años, primero por acordarlo así el anterior régimen no democrático y luego por entenderse prorrogado por los constituyentes. Y así, la

expresa previsión de que el plazo máximo de veinticuatro horas opera para poner en conocimiento de la detención al Ministerio Fiscal, se trata de una dinámica de actuación que en la actualidad viene realizándose por la Policía con el Juzgado de Guardia), al igual que sucede con la posibilidad de agotar la Policía las setenta y dos horas de plazo máximo desde la detención judicial, para el caso de que dentro de las veinticuatro horas siguientes a la primera comunicación el Fiscal no haya dictado decreto de libertad sino de detención.

Se aprecia positivo en cambio que se regulen también de forma más detallada que en la actual LECrim vigente, los derechos del detenido en el art. 167, entre los que se encuentran el de concurrir un intérprete por limitaciones auditivas o de expresión oral o el derecho recibir información básica sobre las posibilidades legales de impugnación de la detención y obtención de la libertad. Y la previsión en el art. 168 de la posibilidad de entrevistarse reservadamente con abogado, también de forma novedosa, con anterioridad a su declaración ante la policía, además de poder hacerlo también con posterioridad, supuesto que es el exclusivamente previsto en la regulación actual.

Dentro del Capítulo I del Título II del Libro III de la Propuesta, relativo a las medidas cautelares personales se dedican los artículos 151 a 158 a la denominada *prisión preventiva*, optando por esta denominación frente a la actual de *prisión provisional*.

En la regulación de dicha figura, que representa la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad deambulatoria del individuo en la fase de investigación del proceso, habiendo destacado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, SSTC 210/2013 de 16 de diciembre, 186/2013 de 7 de octubre como más recientes, el carácter reforzadamente excepcional de su adopción y mantenimiento, se exige al Fiscal o a las acusaciones al solicitarlo y al Tribunal de Garantías al acordarla, con el deber de valorar tanto la concurrencia de todos los requisitos legales exigidos para su adopción, como de que su finalidad no pueda alcanzarse con otras medidas menos gravosas para la libertad del encausado, resultado esto último del juicio de necesidad de la medida.

Por su parte, en el art. 154 se establecen los fines de la prisión preventiva: impedir el peligro de fuga del encausado, probablemente el más frecuente, evitar el riesgo de desaparición o inutilización de fuentes de prueba relevantes para la causa o neutralizar la fundada peligrosidad de comisión de delitos en el futuro, finalidades estas últimas de naturaleza más próxima a la medida de seguridad en los ámbitos de la prevención especial y de necesidad de dotar de protección a los perjudicados. En el art. 155 se recogen los límites tem-

porales de la prisión preventiva, reduciéndose los umbrales mínimos penológicos de los delitos, ya que la duración de la prisión preventiva ante supuestos de delitos castigados con pena privativa de libertad igual o inferior a dos años es de un año, y de dos años si la pena aplicable supera dicho umbral, frente a la actual redacción, art. 504 LECrim, en que el límite de un año de la prisión provisional es para supuestos en que el delito tenga señalada pena privativa igual o inferior a los tres años, reservándose el límite de los dos años para penas superiores a los tres años de prisión. Y prevé asimismo, lo que puede suponer un notable riesgo de inseguridad para el control de una medida tan invasiva para la libertad, la posibilidad de no tomar en consideración para el cómputo de los plazos *máximos las dilaciones derivadas de la actuación de mala fe o abusiva del encausado o de su defensa*.

Se regulan también de forma novedosa en los artículos 159 y 160, como otro tipo de medida cautelar personal junto con la detención y la prisión preventiva el Internamiento en Centro Psiquiátrico con una duración máxima de seis meses para supuestos de concurrir indicios fundados de la comisión de un delito *a causa de una grave anomalía o alteración psíquica cuando de una valoración exhaustiva de su anomalía o alteración y de la acción que se le imputa se concluya la existencia de un riesgo relevante de comisión de nuevos delitos como consecuencia de su patología*. Pero no concretan dichos preceptos ni la tipología delictiva ni el límite mínimo de pena prevista para el delito cometido, ni siquiera si tiene que tener necesariamente previsión de pena privativa de libertad.

Y se relacionan, por último, en el Capítulo VI del Título II destinado a la regulación de las medidas cautelares personales, en los artículos 180 a 199, una larga lista de tipología de medidas restrictivas de la libertad deambulatoria o de otros derechos personales del encausado, a adoptar por el Tribunal de Garantías, previa petición del Fiscal y las acusaciones, con la finalidad de asegurar su disponibilidad en el proceso o para dotar de protección a las víctimas. Y aunque no se olvidan las exigencias de observar criterios de excepcionalidad, adecuación y proporcionalidad en su adopción, la ausencia de previsión sobre la tipología delictiva cuya indiciaria comisión justificaría su adopción así como de los límites temporales en torno a ellas resulta especialmente llamativo máxime a la vista de la abundante casuística de medidas previstas, algunas de ellas de honda afectación en la libertad y privacidad del encausado como la obligación de portar medios telemáticos que permitan su seguimiento permanente, art. 181.1 A) 2.^ª, entre las relativas a la disponibilidad del acusado, o

neutralizadoras de la peligrosidad delictiva, art. 181.1.c) 1.ª, como la inhabilitación para ejercer actividades, intervención y suspensión del permiso de conducción, entre otras.

IV. Inspecciones e intervenciones corporales e investigación mediante ADN

Los diversos Capítulos del Título II destinado al contenido de las Diligencias de Investigación en el Proceso Ordinario, contienen una amplia casuística de medidas cautelares a adoptar en dicha fase.

Algunas de ellas, ya **clásicas**, como las inspecciones e intervenciones corporales, interceptación de las comunicaciones telefónicas, interceptación de comunicaciones postales o telegráficas, faxes y bro-faxes, o diligencias de entrada y registro en domicilio o lugar cerrado, recogiendo en la mayoría la jurisprudencia consolidada existente al respecto, ante la notoria deficiencia de la regulación procesal existente, en particular criterios de reserva de ley, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, junto con la exigencia de una inicial autorización judicial y ulterior el control de la ejecución de la medida. Otras mas **novedosas** sin embargo, como la investigación mediante ADN o interceptación de las comunicaciones telemáticas, captación y grabación de conversaciones e imágenes mediante la utilización de dispositivos electrónicos en la vía pública, espacios abiertos, domicilio, otros lugares cerrados, vigilancias policiales sistemáticas, utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, registros de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos sobre equipos informáticos. Exigiéndose también para su adopción una previa autorización judicial, salvo supuestos de acreditada urgencia, descartándose cualquier duda respecto a que los instrumentos de comunicación como ordenadores sean meras piezas de convicción, y requiriendo por ello una autorización individualizada de la medida, y algunos en particular, como los registros remotos sobre equipos informáticos, que el delito investigado sea *de especial gravedad*.

Y de entre todas destacan por el particular esfuerzo empleado en intentar corregir una notoria deficiencia en su previsión legal en la actual LECrim, las inspecciones e intervenciones corporales e investigación mediante ADN y de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Las inspecciones e intervenciones corporales e investigación mediante ADN se tratan en las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo III dentro

del Título II dedicado a regular el contenido de las Diligencias de Investigación, como una decisión largo tiempo esperada, ante el vacío legal existente que ha motivado que un nutrido cuerpo constitucional y jurisprudencial de corte garantista tenga que ser diariamente aplicado por los Tribunales, pese a que los términos y límites que conllevan medidas de esta naturaleza en los derechos fundamentales no deberían reemplazar la exigencia de reserva de ley para su regulación al tratarse de medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Antecedente relevante de la doctrina sobre la materia fue la STC 207/1996 de 16 de diciembre, en la que se concluyó que se había incurrido en vulneración de los derechos a la integridad física y la integridad personal al tomarse una muestra de cabellos para determinar el consumo de drogas sin la previa autorización de la persona contra la que se dirigía la investigación. Se recogía en concreto que «en el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral, art. 15 CE, se protege la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervenciones en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» y «resulta de ello, por tanto, que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a su incolumidad corporal... El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (sensación de dolor o sufrimiento), o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una *conditio sine qua non* para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física».

Dicha sentencia diferenció entre las **inspecciones corporales** que colisionarían contra el derecho fundamental del art. 18.1 CE, (derecho a la **intimidad**, entendido como derecho del individuo a contar con un ámbito reservado de su vida, frente la acción y conocimiento de los demás, sean particulares o poderes públicos, garantía del desarrollo de su personalidad SSTS, Sala 1.ª, de 26-9-2008, 16 de enero de 2009 y 1 de marzo de 2010 entre otras) y las **intervenciones corporales** afectantes también al derecho a la **integridad física** del artículo 15 CE. Y proponía la necesidad de realizar un juicio de proporcionalidad que incluyera: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley (exigencia derivada del art. 8.1 y 2 CEDH *in extenso* para todos los supuestos de medida cautelar que conlleve una restricción de derechos fundamentales) necesidad de su adopción mediante resolución judicial motivada y juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en relación con un fin constitucionalmente legítimo. Estableciendo también otros condicionantes ya específicamente derivados de la afectación a la integridad física, como que la práctica de la

intervención deba ser encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que no suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante.

Han sido recogidos en la Propuesta de 2013 dichos principios de **especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad**, en la Sección 1.^a, arts. 281 a 286, destinada a las Inspecciones e Intervenciones corporales, definiendo tanto la decisión sobre su pertinencia, como los términos que han de presidir su práctica.

Se requiere en primer lugar como fuente de legitimación del acto de investigación, y en función del grado de injerencia que la medida comporte, el consentimiento del afectado y, en los casos más graves, la autorización judicial.

Y en los casos en que esa práctica constituya un requisito necesario para la investigación y esclarecimiento de un delito y conlleve una incidencia directa en el contenido del derecho a la intimidad, como la exploración y observación de las cavidades vaginal y rectal, salvo supuestos de urgencia por riesgo vital para la persona afectada, en los que basta autorización del Fiscal dando cuenta inmediata al Juez de Garantías, deberán someterse a la previa autorización del Juez de Garantías, incluso mediando el consentimiento del afectado, al igual en aquellos otros casos en los que sea precise una intervención médica con el fin de extraer del interior del cuerpo del sospechoso cualquier sustancia u objeto que allí hubieran sido alojados.

Particularmente, dentro de las intervenciones corporales, se encuentran aquellas destinadas a la **obtención de muestras** de la persona investigada o sospechosa para determinar su **perfil de ADN**, información que contiene datos personales por cuanto permite identificarla conforme establece el art. 3 Ley Orgánica de Protección de Datos (en adelante LOPD) 15/1999 de 13 de diciembre y RD 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Tras el requerimiento implícito de la STC 207/1996 para que se llenara el vacío legislativo existente en materia de intervenciones corporales, llegando a considerarse, con la doctrina recogida en dicha sentencia, que resultaba prácticamente imposible la disposición de periciales sobre ADN como prueba en el proceso penal salvo que prestara consentimiento el afectado o no hubiera otros medios probatorios, la reforma de la LECrim aprobada por la LO 15/2003 de 25 de noviembre dio una redacción al artículo 326, párrafo tercero LECrim para regular la recogida de vestigios o restos biológicos por la Policía Judicial o médico forense, que se puedan encontrar en el lugar o en el cuerpo de la víctima, y al 363 segundo LECrim, a fin de poder contrastar los vestigios o restos hallados con restos de la persona de la que se sospeche,

tomando muestras biológicas en supuestos de no consentimiento. Disponiendo en concreto el párrafo segundo del art. 363:

Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Aunque ambos preceptos supusieron un primer paso en la regulación de una de las técnicas de investigación más efectivas para la identificación de sospechosos, recogiendo la posibilidad de realizar contrastes entre restos biológicos encontrados en el caso concreto con el perfil genético de un sospecho concreto que hubiera ya en el procedimiento, exigencias de política criminal imponían que toda la información de incalculable valor a efectos de investigación estuviera a disposición en un momento posterior para la averiguación de otros hechos criminales. Y ello, unido a la considerada ya inaplazable tarea de regular el tratamiento automatizado de esos datos llevó a la promulgación de la LO 10/2007 de 8 de octubre, de Bases de Datos Policiales sobre Identificadores Obtenidos a partir del ADN, que han de reunir los requisitos exigidos por la LOPD, conteniendo una regulación completa sobre su naturaleza, contenido, acceso, funcionamiento, uso, cesión y cancelación.

Se trata de una base de datos de doble naturaleza, administrativa, para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas, y de política criminal con fines de investigación delictiva. Los datos a incluir son los atinentes exclusivamente a la información genética reveladora de la identidad y del sexo del afectado que no ha prestado su consentimiento expreso a dicha incorporación. Y se usan para dos finalidades: cotejar el hallazgo de titular desconocido con los perfiles ya identificados, o con los que se pudieran identificar con los restos obtenidos posteriormente en otro procedimiento. Nutriéndose tanto de los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos hallados en el lugar de los hechos, en el cuerpo del delito o en la víctima, como de los datos obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, tanto facilitados voluntariamente o previa autorización judicial sobre el mismo.

Limita además la LO 10/2007 los supuestos de acceso de los perfiles obtenidos en relación a delitos graves (castigados con penas graves, art. 33.2 CP) o cuando no siendo graves afecten a la vida, libertad, in-

demnidad o libertad sexual o la integridad de las personas, delitos contra el patrimonio en los que se haya empleado fuerza, violencia o intimidación; delincuencia organizada y bandas terroristas. Y se reserva el acceso a dicha información a la Policía y autoridades judiciales y fiscales, previa petición, sin posibilidad de acceder a su contenido de forma directa, y está prevista también la cesión a otros cuerpos de policía autónoma, al CNI y otras autoridades policiales o judiciales extranjeras, en supuestos de similar legislación de protección de datos.

Pudiendo únicamente la policía acordar la anotación de los datos del ADN, al tener la base carácter policial, estándole vetada esta posibilidad a cualquier otra instancia, sea o no judicial, no obstante, se establece en su art. 5, la posibilidad de que se pronuncie la autoridad judicial sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios, ha sido objeto de diversas críticas al ser la propia Agencia de Protección de Datos la que debe abrir el correspondiente procedimiento de naturaleza administrativa y no jurisdiccional. Y, por otro lado, una vez que el dato accede al fichero la información contenida en el mismo es susceptible de ser utilizado en diversas investigaciones de las que no necesariamente ha de conocer el mismo Juez, y el derecho afectado durante el almacenamiento es el de privacidad (art. 18.4) produciéndose la intromisión a la integridad corporal durante el proceso de toma de muestras, no ya después.

Finalmente, en cuanto el derecho de *habeas data*, el que la persona a quien se refieren los datos que contiene el perfil genético no pueda acceder directamente a ella solicitando la información y rectificación de los perfiles genéticos incluidos en los ficheros por su naturaleza policial, no significa que no exista el derecho a que sean cancelados en el momento en el que cese el interés superior (investigación delictiva) que motivó su acceso.

En torno a la obligatoriedad de la cancelación se pronunció expresamente la sentencia del TEDH en el asunto S. y Marper contra Reino Unido afirmando que «la conservación tanto de muestras celulares como de los perfiles de ADN de los demandantes se considera una lesión del derecho de éste al respeto a su vida privada, en el sentido del art. 8.1 del Convenio».

En todo caso la cancelación se establece en el art. 9 como obligatoria regulando los supuestos y plazos para que se lleve a cabo. En general, para casos de sentencia condenatoria o absolutoria por concurrir eximentes el correspondiente a la cancelación de los antecedentes penales, y en supuestos de sobreseimiento o sentencia absolutoria demás que no finalicen por los cauces normales del procedimiento, el del plazo de prescripción del delito, existiendo inevitables riesgos de dis-

funciones en la práctica derivados de que no puede llevarse a cabo la cancelación de oficio al ser un registro policial y no judicial.

Sobre esta materia la Propuesta de 2013 acoge el contenido de la normativa mencionada y la jurisprudencia existente (entre otras, SSTS 948/2013 de 10 de diciembre, 827/2011 de 14 de julio, 685/2010 de 7 de julio, 1190/2009 de 3 de diciembre).

Incorpora expresamente en sus artículos 287 a 290 la necesidad de excluir la obtención de muestras mediante engaño y la exigencia de que el consentimiento habilitante prestado por el encausado que se halle privado de libertad cuente siempre con asistencia letrada. Y distingue entre dos realidades, la **obtención de muestras que pueden hallarse** en los restos o vestigios presentes en la escena del delito o abandonados en otro lugar por el afectado, y la **toma** de esas muestras a partir de una **intervención corporal**, y autoriza a los agentes de Policía para la recogida y obtención de huellas o vestigios de los que obtener tales indicadores y hace del consentimiento libre (con asistencia letrada si está privado de libertad) el presupuesto de validez de la entrega de muestras por el propio encausado.

Estableciendo que para la primera es suficiente la intervención de los agentes de Policía Judicial actuando de oficio o en ejecución de las instrucciones generales o particulares del Ministerio Fiscal.

Y exigiendo para la segunda o bien el consentimiento de la persona afectada, bien la autorización judicial cuando no se preste el consentimiento si la toma conllevara una intervención corporal, con posibilidad de apremio personal, ajustado a los principios de proporcionalidad y necesidad, en caso de negativa del afectado. Y en cuanto a la incorporación al proceso de datos personales incluidos en ficheros automatizados, en los artículos 353 a 355 contenidos en el Capítulo XII del Borrador de 2013, se recogen los mecanismos a través de los cuales se puede realizar, acordándolo el Fiscal en el curso de las investigaciones.

Finalmente, en cuanto a la cadena de custodia de las muestras obtenidas, esencial para la posterior valoración de la prueba, y precisada igualmente de regulación detallada en nuestra actual LECrim. El Anteproyecto de 2011 dedicaba un apartado especial a ello, arts. 357 a 360, como garantías de las fuentes de prueba, detallando donde se iniciaba la cadena y el procedimiento básico de gestión de muestras, siguiendo las pautas acordadas un Acuerdo Marco de colaboración de 3 de octubre de 2012 entre el CGPJ, FGE, M.º Hacienda y AAPP, M.º del Interior y la Agencia Española del Medicamento y productos sanitarios. En la Propuesta de 2013, la previsión de regulación en la materia resulta insuficiente y dispersa, no contiendo nada espe-

cíficamente relativo a la actividad de recogida, conservación, catalogación, depósito y custodia de evidencias. Y, de manera semejante a como se encuentra en la actual LECrim incluye referencias puntuales al respecto en los arts. 79 y 287 destinados a las funciones de la Policía Judicial, de oficio o en cumplimiento de indicaciones del Fiscal, en el art. 342 relacionado con las funciones del Secretario Judicial en los registros y en el art. 356 en el que sin referencias expresa a la cadena de custodia se limita a mencionar la necesidad de levantar acta, acompañada de fotografías o imágenes, en las que se hará constar la descripción de las evidencias o muestras y el lugar, tiempo y ocasión, en que hubieran sido hallados.

V. Intervención y observación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

El derecho fundamental al **secreto de las comunicaciones** previsto en el art. 18.3 CE ampara a toda persona contra cualquier tipo de intromisiones en su libertad de comunicación con terceros y tiene un carácter formal por cuanto que carece de relevancia el contenido concreto de la comunicación a la que se acceda, debiendo salvaguardarse el derecho al secreto tanto en supuestos en que pueda verse comprometida también la **intimidad** o vida privada de los interlocutores intervinientes en la comunicación (art. 18.1 CE) como aquellos en que se vea involucrada. Por otro lado, la necesidad de garantizar el secreto de las comunicaciones se ha visto prácticamente desbordada por la necesidad, cada vez mayor, de hacer frente a los cambios operados en la telefonía móvil y a unas posibilidades ilimitadas de comunicación telemática, más allá del formato histórico de comunicación bidireccional, resultado de la asociación entre la telefonía e internet, afectando en la actualidad las medidas cautelares que sobre las comunicaciones puedan adoptarse a todo tipo de comunicaciones, correo electrónico, mensajes SMS, MMS, o cualquier tipo de comunicación en formato digital o virtual a través de un canal cerrado de comunicación. Y todo ello hasta el punto de haber dejado reducida la utilización del formato postal o telegráfico a algo puramente residual.

En nuestro ordenamiento procesal vigente, tras su redacción operada por la LO 4/1099 de 25 de mayo, se encuentra regulada la materia en un único artículo, el art. 579. 2 y 3 LECrim.

El art. 579.2 LECrim destinado a la **intervención** de las comunicaciones, permite obtener previa autorización judicial, de las compañías prestadoras de esos servicios el listado de comunicaciones telefóni-

cas, telemáticas y electrónicas emitidas y recibidas por una línea IP y/o IMEI durante un período con indicación del día y hora en que tuvo lugar cada comunicación, su duración, la línea IP o IMEI con la que se comunicó el titular de la misma. Su desarrollo normativo ha tenido lugar mediante la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, ofreciendo en la actualidad la cobertura jurídica para los problemas asociados a la conservación y cesión de los datos electrónicos generados como consecuencia del proceso de comunicación que pueden permitir la localización de personas físicas y jurídicas y los datos necesarios para identificar al abonado o al usuario registrado.

Permitiendo por su parte el art. 579.3 LECrim la **observación** a tiempo real de todo tipo de comunicaciones, postales, telegráficas o telefónicas, de las que se sirva la persona incurso en una investigación penal sobre la que existan indicios de responsabilidad criminal, mediante resolución judicial motivada por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos.

Dicha regulación claramente insuficiente para nuestro Tribunal Constitucional y para varias sentencias del TEDH, ha venido siendo integrada, pese a las exigencias derivadas de los principios de seguridad jurídica y reserva legal, por una nutrida doctrina jurisprudencial del TS (sobre todo a partir del Auto de 18 de junio de 1992 sobre el «caso *Naseiro*») en materias como la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial, naturaleza de las infracciones justificativas de las escuchas, límites en la duración de la medida, procedimientos de transcripción de las conversaciones interceptadas, precauciones para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y la defensa, y ulterior destrucción de los soportes sobre los que se hayan volcado las conversaciones interceptadas, en caso de sobreseimiento o puesta en libertad entre algunas de ellas.

En la Propuesta de LECrim de 2013 se dedican los artículos 294 a 312 del Capítulo V dentro del Título II destinado a las diligencias de investigación, a construir dicha realidad normativa reclamada dentro del proceso penal, comenzando con mencionar los principios que la jurisprudencia constitucional ha definido como determinantes de la validez del acto de injerencia: especialidad (investigación sobre delito concreto, no prospectivas sobre conductas de personas o grupos) idoneidad (ámbito objetivo y subjetivo y duración) excepcionalidad y necesidad (solo si no hay disponibles medidas menos gravosas) y proporcionalidad (ponderación entre interés público, persecución, delito y derecho al secreto de las comunicaciones).

Establece como presupuestos para su adopción que la investigación que lo justifique lo sea por: 1.º) delitos dolosos castigados con pena con límite máximo superior a los 3 años de prisión; 2.º) delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; o 3.º) delitos cometidos por medio de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación. Y trata en los artículos siguientes todo lo relativo al ámbito de aplicación, con la posibilidad de que además de la observación de las comunicaciones se solicite la interceptación de cualesquiera de los datos electrónicos que hayan podido ser generados durante el desarrollo de las conversaciones, regulando expresamente que se someta la solicitud de la información que contienen a la necesidad de autorización judicial previa petición del Fiscal, con observancia de los restantes presupuestos habilitantes para ello, así como control, duración y cese de la medida.

Y contiene una previsión también novedosa en relación al software con el que la medida judicial de interceptación de las comunicaciones se ejecuta (sistema integrado de telefonía SITEL), cogiendo el testigo de una importante línea jurisprudencial existente que viene rechazando la necesidad de practicar una prueba pericial que explique el empleo de una metodología que excluya cualquier riesgo de manipulación, la necesidad de que la Agencia de Protección de Datos supervise la integridad y seguridad del sistema empleado para la interceptación de las comunicaciones mediante la aprobación de sus características técnicas y reglas de funcionamiento.

En cuanto a la incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados que no tienen su origen en una conversación que esté siendo investigada, sino que se encuentran en archivos sistematizados de las operadoras de telefonía móvil, aunque dichos datos no se encuentran directamente vinculados con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones estando regulados por la Ley 25/2007 de 18 de octubre, se ha optado en el art. 310 por mantener la exigencia de autorización judicial para que puedan ser incorporados al proceso, omitiendo mencionar los supuestos de intentar acceder a bases de datos de naturaleza comercial.

Y resulta también de interés resaltar que se regula la posibilidad de acceder a datos electrónicos de tráfico o asociados que no se encuentren en los archivos sistematizados a que acabamos de referirnos sino a través de sistemas de rastreo que, con la finalidad de dar carta de naturaleza a la posibilidad de escrutar comunicaciones en abierto permiten captar la señal emitida desde la terminal, al resultar llamativo que la recogida o captación técnica de la dirección IP de un terminal o la numeración IMSI o IMEI o cualesquiera otros códigos de identificación de un

aparato de telecomunicación por la policía no precise en la propuesta de redacción de dichos preceptos autorización judicial (en dicha línea también la STS 249/2008 de 20 de mayo) pese a que presenta ciertas analogías con supuestos de accesos remotos a registros electrónicos que sí precisan dicha autorización judicial, art. 350, junto con la exigencia de que se trate de la investigación de delitos de especial gravedad.

Bibliografía

- Asencio Mellado, José María. «La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales». *La Ley*, n.º 8009 (enero 2013).
- «Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal. Respuesta al Prof. Gimeno Sendra». *La Ley*, n.º 8026 (febrero 2013).
- Campaner Muñoz, Jaime. «Hacia el 30.º aniversario de la trivialización de las detenciones ilegales. O de la inoperancia del procedimiento de *Habeas Corpus*». *La Ley*, n.º 8140 (septiembre 2013).
- Frías Martínez, Emilio. «ADN y privacidad en el proceso penal». *La Ley*, n.º 8159 (septiembre 2013).
- García-Penasco Morales, Guillermo. «Nuevos instrumentos para los nuevos desafíos del Ministerio Fiscal». *La Ley*, n.º 8071 (abril 2013).
- Girbau Caoll, Alexandre. «La diligencia de investigación criminal consistente en la observación de comunicaciones telefónicas: una necesaria sistematización de las orientaciones jurisprudenciales». *La Ley*, n.º 8116 (julio 2013).
- González García, Jesús María. «Las relaciones entre el proceso penal y los medios de comunicación en el anteproyecto de código procesal penal de 2013: el deber de reserva sobre las actuaciones en la fase de investigación». *La Ley Penal*, n.º 104.
- López Martínez, José Carlos. «Tratamiento Jurisprudencial del conflicto entre libertades de expresión e información y derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Criterios de ponderación». *La Ley*, n.º 8059 (abril 2013).
- López Ortega, Juan José. «El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la propuesta de Código Procesal Penal». *La Ley*, n.º 8086 (mayo 2013).
- «El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el anteproyecto de Ley de enjuiciamiento Criminal y en el Código Procesal Penal». *La Ley*, n.º 8091 (mayo 2013).
- «El proceso penal como sistema de garantías (III): La contradicción previa al juicio en el anteproyecto de Ley de enjuiciamiento Criminal y en el Código Procesal Penal». *La Ley*, n.º 8111 (junio 2013).
- «El proceso penal como sistema de garantías (IV): La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio». *La Ley*, n.º 8121 (julio 2013).

- Marchena Gómez, Manuel. «Proceso penal: nuevos problemas, viejas soluciones». *La Ley Penal*, n.º 100.
- Nieto Martín, Adán. «Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal (I)». *La Ley*, n.º 8120 (julio 2013).
- Richard González, Manuel. «La cadena de custodia en el proceso penal español». *La Ley*, n.º 8187 (noviembre 2013).
- Rodríguez Laín, José Luis. «La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal». *La Ley*, n.º 8039 (marzo 2013).

Cuadernos penales

José María Lidón

Se recogen las intervenciones habidas en las *X Jornadas de derecho penal en homenaje a José María Lidón*, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de noviembre de 2013 bajo el título «Algunas cuestiones de derecho penal y procesal penal». En ellas se analizan distintas materias que prevé modificar el Proyecto de L. O. de reforma del Código penal de octubre de 2013, así como algunas modificaciones de especial relevancia que incluye en el proceso penal el Anteproyecto de ley de Enjuiciamiento Criminal.



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL
AGINTE JUDIZIALAREN
KONTSEILU NAGUSIA



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

HERRI ADMINISTRAZIO
ETA JUSTIZIA SALA
DEPARTAMENTO DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y JUSTICIA



Deusto

Publicaciones