

# Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012

Francisco Javier Álvarez García  
(Director)

Jacobo Dopico Gómez-Aller  
(Coordinador)



**tirant lo blanch**  
**reformas**

# **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**

# 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

Director

**FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA**

Coordinador

**JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER**



Departamento de Derecho Penal,  
Procesal e Historia del Derecho



Cátedra Antonio  
Quintano Ripollés



Instituto de Justicia y Litigación  
“Alonso Martínez”

**tirant lo blanch**

Valencia, 2013

Copyright © 2013

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com) (<http://www.tirant.com>).

© Francisco Javier Álvarez García  
Jacobó Dopico Gómez-Aller y otros

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
I.S.B.N.: 978-84-9033-875-9  
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

# Índice

Prólogo: LAS PRIORIDADES DE LA JUSTICIA CRIMINAL .....	25
FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA	

SUCINTAS OBSERVACIONES SOBRE ALGUNAS DECISIONES DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PE- NAL DE 2012 .....	49
JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS	

## *1. SUPRESIÓN DEL LIBRO III*

1.1. NOTAS CRÍTICAS SOBRE LA CONVERSIÓN DE LAS FAL- TAS EN DELITOS EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE 2012.....	67
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
1.2. DELITOS Y PENAS LEVES: ART. 13 CP .....	77
ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN	
1.3. PENAS LEVES: ART. 33 CP .....	81
ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN	
1.4. HOMICIDIO POR IMPRUDENCIA LEVE .....	87
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
1.5. FALTAS DE LESIONES .....	89
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
1.6. FALTAS DE LESIONES .....	93
ANA GALDEANO SANTAMARÍA	
1.7. FALTAS DE AMENAZAS Y COACCIONES.....	107
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
Art. 171 .....	107
Art. 172 .....	109

1.8. FALTA DE ALLANAMIENTO DE DOMICILIO DE PERSONAS JURÍDICAS.....	113
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ	
IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
Art. 203 .....	113
Art. 234 .....	115
1.9. FALTA DE DAÑOS .....	117
ANA CRISTINA ANDRÉS DOMÍNGUEZ	
Art. 263.1 .....	117
1.10. FALTAS CONTRA EL PATRIMONIO .....	121
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ	
IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
Art. 236 .....	121
Art. 244 .....	122
Art. 246 .....	124
Art. 247 .....	125
Art. 249 .....	126
Art. 252 .....	128
Art. 253 .....	130
Art. 254 .....	131
Art. 255 .....	132
Art. 256 .....	134
Art. 263 .....	136
1.11. FALTAS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL .....	139
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ	
IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
Art. 270 .....	139
Art. 274 .....	141
1.12. FALTA CONTRA EL PATRIMONIO HISTÓRICO.....	145
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ	
IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
Art. 323 .....	145
1.13. FALTA DE TENENCIA DE ANIMALES PELIGROSOS.....	147
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ	
IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
Art. 385 quáter .....	147

1.14. FALTA RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA .....	149
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ	
IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
Art. 332 .....	149
1.15. FALTA DE MALTRATO DE ANIMAL DOMÉSTICO .....	151
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ	
IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
Art. 337 .....	151
1.16. FALTA DE SUELTA DE ANIMALES FEROCES O DAÑINOS...	153
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ	
IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
Art. 385 quáter .....	153
1.17. FALTAS DE FALSEDAD DE MONEDA Y EFECTOS TIMBRA-	
DOS .....	155
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ	
IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
Art. 386 .....	155
Art. 389 .....	157
1.18. FALTA DE USO INDEBIDO DE DISTINTIVOS.....	159
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ	
IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
Art. 402 bis.....	159
1.19. DEROGACIÓN DEL LIBRO III.....	161
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ	
IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
Disposición derogatoria.....	161
1.20. CUESTIONES PROCESALES .....	163
ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ	
IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA	
Disposición Transitoria Cuarta.....	163
Disposición Transitoria Quinta .....	164
2. DEFINICIONES: DISCAPACIDAD.....	167
MARÍA ACALE SÁNCHEZ	
Art. 25 .....	167

3.	RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	171
	JUAN M. TERRADILLOS BASOCO	
	Art. 31 bis.5.....	171

#### **4. SISTEMA DE PENAS**

4.1.	PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE: ARTS. 36 (3 Y 4), 70.4, 76.1, 78 BIS, 92, 136 Y CONCORDANTES EN LA PARTE ESPECIAL .....	179
	MARÍA ACALE SÁNCHEZ	
	ART. 36 apartados 3 y 4.....	179
	ART. 70 apartado 4.....	187
	ART. 76 apartado 1.....	187
	ART. 78 bis.....	189
	ART. 92.....	191
	ART. 136.....	193
	ART. 140.....	195
	ART. 485.....	195
	ART. 572.2.2.....	196
	ART. 605.1.....	197
	ART. 607.....	198
	ART. 607 bis número 1º del apartado 2.....	199
4.2.	PRISIÓN PERPETUA (ART. 36.3 Y 4 CP).....	201
	ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS	
	MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN	
4.3.	PRISIÓN PERPETUA: ARTS. 36 (3 Y 4), 70, 76 Y 78 BIS CP.....	205
	MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN	
	Art. 36.....	205
	Art. 70.....	210
	Art. 76.....	212
	Art. 78 bis.....	217
4.4.	TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD: ART. 40 CP .....	223
	ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS	
	MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN	
4.5.	LOCALIZACIÓN PERMANENTE: ART. 33.4.....	225
	MARÍA ACALE SÁNCHEZ	
	MARÍA DEL MAR MARTÍN ARAGÓN	

4.6. RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA POR IMPAGO DE MULTA: ART. 53 CP.....	229
ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS	
MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN	
4.7. PENA ACCESORIA DE PRIVACIÓN DEL DERECHO DE ACUDIR O RESIDIR EN DETERMINADOS LUGARES, DE APROXIMARSE LA VÍCTIMA O DE COMUNICAR CON ELLA: ART. 57 CP.....	233
ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS	
MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN	
4.8. PENA ACCESORIA DE PRIVACIÓN DEL DERECHO DE ACUDIR O RESIDIR EN DETERMINADOS LUGARES, DE APROXIMARSE LA VÍCTIMA O DE COMUNICAR CON ELLA: ART. 57 CP.....	237
MIREN ORTUBAY FUENTES	
4.9. LIMITACIONES AL CÓMPUTO DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS: ART. 78 CP.....	241
MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN	
5. DETERMINACIÓN DE LA PENA ARTS. 22, 66 Y 72 CP	
ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS	
MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN	
Art. 22 .....	245
Art. 66 .....	247
Art. 72 .....	251

## **6. CONCURSOS DE DELITOS**

6.1. REFUNDICIÓN/ACUMULACIÓN DE PENAS.....	255
MARÍA ACALE SÁNCHEZ	
Art. 76.2 .....	255
6.2. CONCURSO MEDIAL DE DELITOS.....	259
MARÍA ACALE SÁNCHEZ	
Art. 77 .....	259
6.3. CONCURSO DE DELITOS: ARTS. 74, 76 Y 77 CP.....	261
JAVIER GUARDIOLA GARCÍA	
Art. 74 CP.....	261

Art. 76 CP.....	264
Art. 77 CP.....	267
6.4. CONCURSOS DE NORMAS Y DE DELITOS: ARTS. 74, 76 Y 77 CP.....	283
ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN	
Concurso de normas.....	283
Delito continuado.....	284
Concurso ideal de delitos.....	285
Concurso real de delitos.....	286
El denominado “cumplimiento íntegro de las penas”.....	288
 <b>7. FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y LIBERTAD CONDICIONAL</b> 	
7.1. SUSPENSIÓN DE LA PENA: ARTS. 80, 81 Y 84 CP.....	291
MIGUEL ABEL SOUTO	
Arts. 80 y 81.....	291
Art. 84.....	304
7.2. SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN.....	311
MARÍA ACALE SÁNCHEZ	
CAPÍTULO III DEL TÍTULO III (“De las penas”).....	311
Art. 80.....	313
Art. 80 apartado 3.....	317
Art. 81.....	320
Art. 82.....	321
Art. 83.1.....	322
Art. 84.....	323
Art. 86.3.....	325
Nuevo Art. 87.2.....	326
Art. 87 apartado 3.....	327
7.3. FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS PE- NAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: ARTS. 71 Y 80 A 88 CP.....	329
MARÍA A. TRAPERO BARREALES	
Art. 71 CP.....	329
Art. 80 CP.....	331
Art. 81 CP.....	334
Art. 82 CP.....	336
Art. 83 CP.....	338
Art. 84 CP.....	341

Art. 85 CP .....	344
Art. 86 CP .....	345
Art. 87 CP .....	348
Art. 88 CP .....	351
Art. 94 CP .....	354
7.4. CONSECUENCIAS DE LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE SUSTITUCIÓN: ART. 71 CP .....	357
MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN	
7.5. LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO: ART. 88 CP .....	361
JUAN M. TERRADILLOS BASOCO	
DIEGO BOZA MARTÍNEZ	
Art. 88 .....	361
Art. 88.1 .....	362
Art. 88.2 .....	366
Art. 88.3 .....	368
Art. 88.5 .....	370
Art. 88.6 .....	371
Art. 108 .....	372
7.6. LIBERTAD CONDICIONAL: ARTÍCULOS 90, 91, 92 Y 93 CP ...	375
CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE	
CRISTINA GUIASOLA LERMA	
MARÍA ACALE SÁNCHEZ	

## **8. MEDIDAS DE SEGURIDAD**

8.1. CUSTODIA DE SEGURIDAD: ARTS. 96.2, 101, 102.3 Y 103.2 CP .....	395
MARÍA ACALE SÁNCHEZ	
Fco. JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA	
EMILIANO BORJA JIMÉNEZ	
EDUARDO DEMETRIO CRESPO	
JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER	
XABIER ETXEBARRIA ZARRABEITIA	
NICOLÁS GARCÍA RIVAS	
TERESA MANSO PORTO	
ALEJANDRO MARAMBIO AVARIA	
FRANCISCO MUÑOZ CONDE	
ÍNIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO	
LAURA POZUELO PÉREZ	
RAFAEL REBOLLO VARGAS	
DANIEL RODRÍGUEZ HORCAJO	
Arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 .....	396

8.2.	CUSTODIA DE SEGURIDAD: ENMIENDA SUBSIDIARIA DE MODIFICACIÓN .....	405
	TERESA MANSO PORTO	
	M <sup>a</sup> CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ	
	DANIEL RODRÍGUEZ HORCAJO	
8.3.	CUSTODIA DE SEGURIDAD: RELACIÓN CON EL ART. 22.2 DE LA LEY DEL GOBIERNO .....	413
	ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO	
8.4.	MEDIDAS DE SEGURIDAD .....	415
	MARÍA ACALE SÁNCHEZ	
	Art. 6 apartado 2 .....	415
	Art. 95 .....	418
	Art. 96 apartado 2º .....	421
	Art. 96 Apartado 3.2 .....	421
	Art. 97 .....	422
	Art. 98 .....	422
	Art. 99 .....	425
	Art. 100 .....	427
	Art. 101 .....	428
	Art. 102 apartado 1º .....	428
	Art. 102 apartado 2º .....	430
	Art. 102 apartado 3º .....	431
	Art. 102 apartado 4º .....	431
	Art. 103 apartado 1º .....	431
	Art. 103 apartado 2 .....	433
	Art. 104 apartado 1º .....	436
	Art. 104 apartado 2º .....	437
	Art. 104 bis .....	438
	Art. 104 bis.1.2ª .....	439
	Art. 104 bis.1.4ª .....	440
	Art. 104 bis.1.13ª .....	441
	Art. 104 bis.1.15ª .....	442
	Art. 104 bis 2 .....	443
	Art. 104 bis 3 .....	444
	Art. 104 ter .....	445
	Art. 105.3 .....	446
	Art. 106 apartado 1º .....	446
	Art. 106 apartado 2º .....	447
	Art. 106 apartado 3º .....	448
	Art. 106 apartado 4º .....	449
	Art. 107 apartado 4º .....	450
	Art. 108 .....	452

	Índice	15
8.5.	MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SU EJECUCIÓN ..... XABIER ETXEBARRIA ZARRABEITIA	455
8.6.	MEDIDAS DE SEGURIDAD ..... ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN	467
8.7.	MEDIDAS DE SEGURIDAD ..... JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR	481
9.	DELITO DE ASESINATO: ARTS. 139, 140 Y 140 BIS CP ..... ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS	485
	Art. 139 .....	485
	Art. 140 .....	488
	Art. 140 bis.....	490
	Notas críticas sobre los Arts. 139, 140 y 140 bis CP en el Anteproyecto de Reforma de 2012 .....	491

### ***10. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA***

10.1.	DELITOS DE LESIONES: ART. 147 CP ..... ANA GALDEANO SANTAMARÍA	511
10.2.	DELITO DE LESIONES: CONSENTIMIENTO EN LA ESTERILIZACIÓN DE INCAPACITADOS: ART. 156 CP ..... MANUEL CANCIO MELIÁ	527

### ***11. VIOLENCIA DE GÉNERO***

11.1.	MALTRATO. ART. 153 ..... MARÍA ACALE SÁNCHEZ ROSARIO GÓMEZ LÓPEZ	533
11.2.	MALTRATO. ART. 153 ..... ANA GALDEANO SANTAMARÍA	537
11.3.	DELITO DE MALTRATO HABITUAL: ART. 173.2 CP ..... MANUEL PORTERO HENARES	545

**12. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD**

12.1. SUBTIPO AGRAVADO DE DETENCIÓN ILEGAL POR NO DAR RAZÓN DEL PARADERO DE LA PERSONA DETENIDA: ART. 166 CP.....	549
DIEGO J. GÓMEZ INIESTA	
12.2. SUBTIPO AGRAVADO DE DETENCIÓN ILEGAL POR NO DAR RAZÓN DEL PARADERO DE LA PERSONA DETENIDA: ART. 166 CP.....	553
ELENA M. GÓRRIZ ROYO	
12.3. EL NUEVO DELITO DE MATRIMONIO FORZADO: ART. 172 BIS CP.....	559
MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU	
12.4. ACOSO - STALKING: ART 173 TER.....	565
MARÍA ACALE SÁNCHEZ ROSARIO GÓMEZ LÓPEZ	
12.5. ACOSO - STALKING: ART 173 TER.....	567
ANA GALDEANO SANTAMARÍA	
Art. 172 ter.....	567
Justificación del delito de hostigamiento o acecho.....	570
12.6. ACOSO - STALKING: ART 173 TER.....	581
ANA GUTIÉRREZ CASTAÑEDA	
Notas críticas sobre el Art. 172 ter del Anteproyecto de reforma de 2012.....	583
12.7. ACOSO - STALKING: ART 172 TER.....	589
ÁNGELA MATALLÍN EVANGELIO	
Notas críticas sobre el Art. 172 ter del Anteproyecto de reforma de 2012.....	592
12.8. DELITO DE ACECHO/STALKING: ART. 172 TER .....	595
CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE	
Notas críticas sobre el Art. 172 ter CP en el Anteproyecto de reforma de 2012.....	598

**13. TRATA DE SERES HUMANOS**

13.1. TRATA DE SERES HUMANOS: ART. 177 BIS .....	613
MARÍA ACALE SÁNCHEZ	
DIEGO BOZA MARTÍNEZ	
13.2. TRATA DE SERES HUMANOS: ART. 177 BIS CP .....	617
MIGUEL A. COBOS GÓMEZ DE LINARES	
13.3. TRATA DE SERES HUMANOS: ART. 172 BIS .....	627
TANIA GARCÍA SEDANO	

**14. DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL**

14.1. DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL DE MENO- RES: ARTS. 182, 183, 183 BIS Y 183 TER CP .....	639
MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA	
Arts. 182, 183, 183 bis) y 183 ter) CP .....	639
Art. 182 CP .....	639
Art. 183 CP .....	642
Art. 183 bis) CP .....	646
Art. 183 ter) CP .....	648
14.2. DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL: ARTS. 182 Y 183 .....	651
MYRIAM CABRERA MARTÍN	
Art. 182 .....	651
Art. 183 .....	652
14.3. DELITOS DE ABUSOS SEXUALES A MENORES: ARTS. 182, 183 Y 183 BIS .....	659
M <sup>a</sup> INMACULADA RAMOS TAPIA	
Art. 182 .....	659
Art. 183. 1 .....	662
Art. 183. 2 .....	664
Art. 183 bis .....	666
Notas críticas sobre la regulación de los abusos sexuales a menores en el Anteproyecto de Reforma de 2012 .....	667

14.4. CHILD GROOMING: ART. 183 TER CP .....	669
FERNANDO MIRÓ LLINARES	
ESTHER MORÓN LERMA	
MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA	
Notas críticas sobre el Art. 183 ter CP en el Anteproyecto de reforma de 2012 .....	676
FERNANDO MIRÓ LLINARES	
14.5. DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN DE MENO- RES: ART. 188 .....	693
M <sup>a</sup> INMACULADA RAMOS TAPIA	
Art. 188.1 .....	693
Art. 188.2 .....	694
Art. 188. 3. B).....	695
15. DELITOS RELATIVOS A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL .....	697
ESTHER MORÓN LERMA	
JAVIER G. FERNÁNDEZ TERUELO	
Art. 189 .....	697

### ***16. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD***

16.1. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD: ART. 197.4 BIS CP .....	707
M <sup>a</sup> . MAR CARRASCO ANDRINO	
M <sup>a</sup> . MAR MOYA FUENTES	
M <sup>a</sup> . PILAR OTERO GONZÁLEZ	
16.2. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD: ARTS. 197.4 BIS Y 203.2-3 .....	713
FERMÍN MORALES PRATS	
Art. 197.4 bis.....	713
Art. 203 .....	714

### ***17. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO***

17.1. DELITO DE HURTO .....	717
ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ	
JOAN BAUCCELLS LLADÓS	
SANTIAGO B. BRAGE CENDÁN	
Tipo básico.....	717
Tipos agravados.....	719

Otros tipo agravados.....	722
Furtumposessionis .....	724
Art. 236 .....	724
Medidas de seguridad aplicables a los condenados por hurto .....	725
17.2. DELITOS DE ROBO .....	727
ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ	
SANTIAGO B. BRAGE CENDÁN	
Concepto de robo .....	727
Penalidad del robo con fuerza.....	728
Tipos agravados del robo con fuerza .....	729
Robo con violencia o intimidación .....	732
Medidas de seguridad en delitos de robo.....	733
17.3. ALZAMIENTO DE BIENES. RÚBRICA DEL CAPÍTULO VII DEL TÍTULO XIII DEL LIBRO II .....	735
LUIS ROCA AGAPITO	
Art. 257 .....	736
Art. 258 CP.....	740
Art. 258 bis CP .....	741
17.4. INSOLVENCIAS PUNIBLES .....	745
GONZALO QUINTERO OLIVARES	
17.5. INSOLVENCIAS PUNIBLES .....	755
MARIO SÁNCHEZ DAFUACE	
17.6. APROPIACIÓN INDEBIDA Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO PÚBLICO Y PRIVADO .....	765
ABRAHAM CASTRO MORENO	
MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ	
Administración desleal de patrimonio privado .....	765
Apropiación indebida .....	772
Administración desleal de patrimonio público (malversación) .....	778
17.7. ADMINISTRACIÓN DESLEAL .....	787
ADÁN NIETO MARTÍN	
17.8. DAÑOS: ARTS. 263. 1 Y 266. 2.....	801
ANA CRISTINA ANDRÉS DOMÍNGUEZ	
Art. 263.1 .....	801
Art. 266.2 .....	804
Art. 265 Código Penal en vigor.....	806

**18. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA  
SEGURIDAD SOCIAL**

18.1.	DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL: ARTS. 305 A 310 BIS CP.....	809
	MIGUEL ÁNGEL IGLESIAS RÍO	
18.2.	DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL: ART. 305, APARTADOS 1, 4 Y 5 .....	833
	ARACELI MANJÓN-CABEZA OLMEDA	
18.3.	DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA: ART. 305.4 CP	843
	JAVIER GÓMEZ LANZ	
	Notas críticas sobre la redacción dada al Art. 305 CP en la Ley Orgánica 7/2012.....	847
18.4.	NUEVO TIPO DE FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL (ART. 307 TER) .....	855
	JUAN M. TERRADILLOS BASOCO	
	Art. 307 ter.1 .....	855
	Art. 307 ter.2 .....	858
	Art. 307 ter.3 .....	859
	Art. 307 ter.4 .....	860
	Art. 307 ter.6 .....	861
19.	INMIGRACIÓN CLANDESTINA .....	863
	PATRICIA LAURENZO COPELLO	
	ESTHER POMARES CINTAS	
	ESTEBAN PÉREZ ALONSO	
	MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ MESA	
20.	DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO HISTÓRICO .....	887
	CRISTINA GUIASOLA LERMA	

**21. DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA  
FLORA, LA FAUNA Y LOS ANIMALES DOMÉSTICOS**

21.1.	RÚBRICA DEL CAPÍTULO Y PROTECCIÓN DE LA FLORA..	893
	ESTHER HAVA GARCÍA	
	JOSÉ MUÑOZ LORENTE	

21.2. PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES DOMÉSTICOS: ART. 337 CP .....	897
ESTHER HAVA GARCÍA	
JOSÉ MUÑOZ LORENTE	
21.3. FALTA DE ABANDONO DE ANIMALES .....	901
ESTHER HAVA GARCÍA	
JOSÉ MUÑOZ LORENTE	
<b>22. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD COLECTIVA</b>	
22.1. INCENDIOS FORESTALES: ART. 353 .....	903
ESTHER HAVA GARCÍA	
FERNANDO VÁZQUEZ PORTOMEÑE	
Tipos agravados incendios forestales .....	903
22.2. DISPOSICIÓN COMÚN A LOS DELITOS DE INCENDIOS FORESTALES: ART. 358 BIS .....	907
ESTHER HAVA GARCÍA	
FERNANDO VÁZQUEZ PORTOMEÑE	
22.3. TENENCIA DE ANIMALES PELIGROSOS .....	909
ESTHER HAVA GARCÍA	
22.4. COMISO EN MATERIA DE TRÁFICO DE DROGAS: ART. 374 CP .....	911
LUZ MARÍA PUENTE ABA	
Arts. 374, 127 bis y 127 sexies .....	911
23. DELITOS DE MALVERSACIÓN: ARTS. 432 Y SS.....	921
LUIS ROCA AGAPITO	
Art. 432 .....	921
Art. 433 .....	924
Art. 434 .....	926
24. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: INUTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS DE CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE PENAS Y MEDIDAS: ART. 468 CP.....	929
MIRIAM CUGAT MAURI	
JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS	

25. DELITOS DE INCITACIÓN AL ODIIO, LA HOSTILIDAD, LA DISCRIMINACIÓN O LA VIOLENCIA..... 931  
 ANA GARROCHO SALCEDO  
 GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS

**26. ASOCIACIONES ILÍCITAS Y ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES**

- 26.1. ASOCIACIONES ILÍCITAS ..... 943  
 PATRICIA FARALDO CABANA  
 M<sup>a</sup> JOSEP CUENCA GARCÍA
- 26.2. ORGANIZACIONES CRIMINALES: ART. 570 BIS 1..... 947  
 PATRICIA FARALDO CABANA  
 M<sup>a</sup> JOSEP CUENCA GARCÍA
- 26.3. GRUPOS CRIMINALES: ART. 570 TER APARTADO 1 CP ..... 951  
 PATRICIA FARALDO CABANA  
 M<sup>a</sup> JOSEP CUENCA GARCÍA

**27. DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO**

- 27.1. ATENTADO, RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA..... 955  
 M<sup>a</sup> LUISA CUERDA ARNAU  
 IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA  
     Atentados y resistencia grave: Art. 550 CP..... 955  
     Arts. 550 CP y ss..... 961  
 PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO  
     Desobediencia: Art. 556 CP..... 971  
 M<sup>a</sup> LUISA CUERDA ARNAU  
 IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA  
     Art. 552 ..... 973  
 PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO
- 27.2. DESÓRDENES PÚBLICOS..... 975  
 JOAN BAUCELLS LLADÓS  
     Art. 557 ..... 975  
     Art. 557 bis..... 977  
     Art. 557 ter..... 978  
     Art. 559 ..... 980  
     Art. 560 bis..... 981  
     Art. 561 ..... 982

28.	DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.....	985
	AMPARO MARTÍNEZ GUERRA	

*Prólogo*

## **Las prioridades de la justicia criminal**

**FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA**

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid*

---

1.— ¿Cuál es el gran problema de la Justicia penal en España? ¿Acaso lo es la regulación del asesinato —y reformarla siguiendo las ideas de Dahm— en uno de los países que más bajo porcentaje de muertes violentas presenta en Europa (y no digamos en el resto del mundo)? ¿Lo es el cambiar la denominación y el alcance de la libertad condicional? o ¿Es que acaso no podemos pasar sin una urgente reforma, una más, de los delitos contra la libertad sexual o sin perpetrar una nueva regulación en los delitos contra la comunidad internacional?

Desde luego no cabe duda de que para algunos penalistas —entre los que se encontrarán los autores del Anteproyecto de Reforma del Código Penal— eso debe ser así; pero desde luego otros entendemos que hacia donde hay que mirar es en la dirección de muchas de las conductas que han procurado, favorecido o facilitado el actual desastre económico y social que se vive en España, y que los medios de comunicación nos recuerdan todos los días a través de sus cifras e imágenes. Así las cosas ¿qué actitud cabe esperar de los intelectuales, de los juristas, de los Profesores de Derecho Penal en una ocasión como ésta (la más apurada que ha vivido España desde nuestra última postguerra)? Desde luego no debe ser sólo la de refugiarse en la dogmática y seguir discurriendo sobre problemas teóricos de los que en muchas ocasiones no seremos capaces de encontrar un sólo reflejo en la vida real; no, lo procedente es estudiar —si se quiere y junto a lo anterior— qué ha pasado estos años en España, por qué se ha llegado a esta situación económica y social, detectar quiénes son los responsables y, a renglón seguido, hacer las oportunas propuestas de regulación o, sencillamente, reclamar que se aplique el Derecho, el Ordenamiento ya existente, para tratar de sentar en el banquillo a tantos responsables políticos, económicos y financieros.

Una última tarea cabe: la de alertar sobre los permanentes intentos procedentes del poder político de pervertir —a través de muy diversos mecanismos— el Ordenamiento, el aparato de la Justicia, y de hurtar a los ciudadanos —esos que ahora mismo están absolutamente excluidos de la vida política ordinaria—, incluso y como veremos más abajo, de su capacidad para decidir el contenido del Ordenamiento.

2.— Una de las características del régimen de poder (me resisto a llamarle democrático) instaurado en España con la “Transición” consiste en la eliminación, a veces de “golpe” y en ocasiones paulatinamente, de todos los mecanismos de control del poder (esos dispositivos que los penalistas sabemos son esenciales para el buen funcionamiento de la represión, porque, precisamente, hacen innecesaria en la gran mayoría de los casos la puesta en marcha de la maquinaria penal). Ello ya se puso de manifiesto desde un primer momento con la Constitución y las leyes constitucionales. Así, en nuestro Derecho, no tienen cabida los referendos vinculantes, con lo que el control externo por parte de los ciudadanos sencillamente no existe, todo lo más es admisible una iniciativa legislativa popular, lo que obviamente no es equiparable, y las más de las veces se convierte en un folclórico trámite parlamentario. Los partidos políticos se presentan a las elecciones con listas cerradas y bloqueadas, no siendo así posible que sus votantes ejerzan poder alguno sobre ellos, resultando indiferente la circunscripción electoral por la que se presentan los diferentes candidatos, pues no es a ellos, sino al partido político, a quien se vota (y de esa forma pueden seguir siendo elegidos corruptos o incompetentes reconocidos). Toda la vida política se ha hecho girar alrededor de los partidos políticos, quienes son, precisamente y tal y como se está evidenciando todos los días y desde hace años, el problema.

En efecto, los partidos políticos españoles se están mostrando, en ocasiones, como verdaderas organizaciones criminales; y no me refiero a la desmantelada HB o a cualquiera de las siglas que la representaron en su sucesión, sino a partidos políticos que “tocaron poder” y cuyos dirigentes en algunas ocasiones terminaron entrando, uno detrás del otro, en prisión (el caso de Unión Mallorquina es más que conocido). Pero también aludo a “honrados” partidos políticos nacionales que desde el primer momento del régimen constitucional, no han dudado a la hora de aprovechar su excepcional posición para obtener todo tipo de privilegios

personales y colectivos (nombramientos en consejos de administración de entidades financieras o de empresas públicas, por ejemplo), deformar leyes en su provecho (como la del Régimen Electoral General o, desde luego, la de financiación de partidos políticos), crear de forma innecesaria instancias políticas o representativas que sirvieran para situar a sus “cuadros” (verbigracia, decenas de parlamentos dispersos por toda la geografía nacional, alguno de los cuales con más de cien “escaños” para representar a sólo una provincia), aprovechar cualquier oportunidad para corromperse en sentido económico (el cohecho, la prevaricación y la malversación han estado, están, como es conocido a la orden del día entre los responsables municipales y autonómicos) o para “asaltar” instituciones de todo tipo y colocar en ellas a sus representantes. Es de anotar en este sentido que los partidos, en cuestión de nombramientos, prefieren antes a un buen comisario político que a un profesional de comprobados conocimientos y experiencia. Ello es lo que explica que a menudo nos encontremos como titulares de órganos a sujetos cuyos conocimientos en la materia —o su reconocimiento moral, ético o de prestigio— son absolutamente desconocidos. Un ejemplo de lo que se dice nos lo proporciona el Consejo General del Poder Judicial, en el que con frecuencia —obviamente no todos— ingresan personas respecto de las que es imposible encontrar motivos justificadores de su nombramiento. También nos ha obsequiado repetidamente con auténticas perlas la Administración Central, a la que han llegado a los máximos niveles de representación personas sin estudios, sin curriculum... aunque con mucha ambición y padrinos, etc., etc.

No dudaron los partidos políticos a la hora de modificar la legislación penal para “abrir una brecha de impunidad” a la posible conducta delictiva de algunos de sus miembros (por ejemplo, con la eliminación de la prevaricación administrativa imprudente —que de las conductas prevaricadoras es la que mejor podía contribuir a la protección del bien jurídico, dadas las dificultades probatorias que presenta el elemento subjetivo del tipo doloso— o la supresión de alguna de las modalidades de la malversación). Tampoco titubearon a la hora de eliminar controles previos al gasto —intervención— en las administraciones públicas, y en convertir en absolutamente inoperativos a los organismos que debían ejercer la vigilancia presupuestaria (los tribunales de cuentas, a fecha de

hoy, siguen sin haber entendido qué ha pasado estos últimos años y todavía están analizando las cuentas de los partidos de 2007; el Banco de España, el “regulador”, el que hacía ostentación de tener implementado el mejor sistema del mundo para hacer frente a cataclismos bancarios, no se percató de nada; ningún organismo de control sirvió para nada, nadie vio lo que se avecinaba ni, sobre todo, lo que estaba ocurriendo). Eliminados los referidos mecanismos de control los criminales podían actuar con absoluta impunidad, sin miedo a posibles responsabilidades; y ello lo hicieron, en ocasiones, metiendo directamente la mano en la caja pública, pero en la mayoría de los casos disimulando la apropiación mediante nombramientos de cargos (algunos en el extranjero gracias a generosas aportaciones del Estado español a organismos internacionales; es decir, y para que se me entienda con claridad: gracias a que el Estado español hizo alguna aportación extraordinaria a los presupuestos de la Organización Internacional en cuestión, y contada en millones de dólares, para que a una militante del partido en el poder se le nombrara para un alto cargo —no estratégico para nuestra política exterior— en la Organización Internacional en cuestión). Naturalmente también se acudió a asignaciones de salarios absolutamente desproporcionados a la competencia de los nombrados, a las funciones desempeñadas y a las capacidades económicas del país o de las entidades que iban a supuestamente gestionar (la codicia llevó, incluso y en gesto nunca visto, a algún Rector —que se preciaba de ser la “conciencia ética” de su partido— a la dimisión ante la oportunidad de ocupar un puesto escandalosamente bien remunerado en una Caja de Ahorros).

Pero ese asalto a las, en aquellos momentos, bien dotadas cajas de las administraciones públicas, se diseñó en su *iter* criminal de forma tal que se empeñó a los citados entes en unos esfuerzos presupuestarios absolutamente desproporcionados a su capacidad de pago, mediante la realización de obras prescindibles en no pocos casos y desatinadas en muchos de ellos; y con los procedimientos de contratación una y otra vez conculcados en un clima de absoluta impunidad ante la inexistencia de controladores. Así se vio cómo se dotaban de máquinas quitanieves carísimas a instalaciones donde nunca se vio un fenómenos meteorológico que justificara ese hecho, cómo se construyeron autopistas que nadie transitaba, aeropuertos sin aviones, centros culturales vacíos..., y todo median-

do procedimientos administrativos irregulares formal o materialmente o formal y materialmente (y los responsables de esos hechos, los que han provocado el enorme déficit de nuestras administraciones, esos que han procurado el deterioro de nuestra educación o de la sanidad, esos, continúan todavía gestionando la cosa pública o en un retiro dorado en empresas ex-públicas —en algunos casos privatizadas por aquellos que ahora son llamados a integrar sus organismos de gestión—).

No se distinguió entre lo público y lo privado: el cambio de la Ley del Suelo, la declaración de todo el territorio —con escasas limitaciones— como urbanizable, las calificaciones y recalificaciones constantes, los PAU, POM, UA y otros instrumentos urbanísticos por entero dedicados a la especulación y la indecencia, los Ayuntamientos como unidades de recaudación pública/privada de primer orden, las concejalías de urbanismo como objetivo principal de ocupación por los partidos políticos, constructores y promotores inmobiliarios. Todo ello facilitado por Asambleas Parlamentarias y Gobiernos central y autonómico: aquéllas aprobando leyes para anular sentencias condenatorias por infracciones urbanísticas trabajosamente conseguidas por los grupos ecologistas; el Gobierno central dedicado con todo ahínco a indultar a los escasos administradores públicos condenados, y los Gobiernos autonómicos entregados por entero a “consolar” a los particulares infractores de las leyes urbanísticas que excepcionalmente habían resultado condenados por algún Tribunal.

“Culpa en el nombramiento” es un concepto que dejó de existir: personas absolutamente incompetentes en todas las ciencias y letras pasaron a ocupar puestos relevantes en los consejos de administración de las Cajas de Ahorro, al lado de aprovechados y ex ministros: no hubo miembro verdaderamente relevante de un partido que no se viera, directa o indirectamente beneficiado por esa política de nombramientos. Todos ellos se entregaron sin dilación a beneficiar a mentores, amigos, parientes, y a sus propios negocios, sin ningún control, arruinando a las entidades, a impositores y suscriptores de títulos y al país. Sin ninguna responsabilidad, sin siquiera petición de cuentas, sin vergüenza alguna. Espectáculo de incompetencia y corrupción que se repitió en todos los niveles de responsabilidad público/privada con alcance para los responsables políticos; así se vio desfilar por la pasarela a ministros escasamen-

te letrados o sobradamente iluminados, responsables culturales analfabetos, consejeros de cajas de ahorros y corresponsables de la gestión de miles de millones de euros que únicamente sabían de baile clásico... la “corte de los milagros”..., y la estafa burda y canalla: miles de personas de más de setenta años, fundamentalmente de provincias sino “de pueblo”, a quienes vendieron “deuda subordinada” (contándoles que eran como el plazo fijo de toda la vida, pero con más intereses) haciéndoles firmar un papel en el que decían que habían entendido perfectamente ese instrumento financiero en el que ahora metían los escasos ahorros de toda una vida.

Pero el que haya ocurrido todo esto y que tengamos las estadísticas repletas de parados y a nuestros jóvenes (no los mejor formados de nuestra Historia, pues “Boloña” se ha ocupado de que los estudios universitarios estén en caída libre, de esta forma nuestros hijos no sólo van a vivir peor que sus padres, sino que serán más brutos, excepto en materia de idiomas, claro, lo que al parecer lo compensa todo) buscando empleo —de “lo que sea”— por todo el mundo, no ha impedido que el saqueo continúe: nuestros administradores públicos nos siguen despojando y colaborando en el saqueo del que nos hacen objeto las entidades financieras.

Por lo que se refiere a las administraciones públicas, el partido gobernante (local, autonómico o central) de turno en lugar de apoyarse en la Administración y en los funcionarios que la sirven, han acentuado más si cabe el número de sus asesores, hasta el punto de que podemos decir que en España todas las administraciones públicas tienen una “administración paralela” que es la formada por esos jóvenes y fieles —hasta lo perruno— asesores (en realidad, la burocracia de su partido). A ellos les abonan salarios que superan, en no pocas ocasiones, los que puede percibir un catedrático de universidad, por desempeñar un “puesto de trabajo” casi siempre injustificado en su misma creación; puestos de trabajo que les son “reservados” incluso si durante el desempeño de los mismos han de entrar en prisión por haber cometido gravísimos delitos. Pero desde luego eso no representa absolutamente nada en un pueblo, como el español, acostumbrado a proporcionar la victoria en las elecciones a sujetos condenados o indagados —con base firme— por la comisión de delitos graves o/y asquerosos (desde luego que puede decirse que con-

ductas como las de acoso hasta la humillación, cohecho, prevaricación, malversación o corrupción en general, no son comportamientos que los españoles entiendan inhabilitantes para el ejercicio de la función pública).

3.— ¿Qué se debe esperar, pues, de una reforma penal en las actuales circunstancias? Desde luego no voy a realizar aquí, ya lo hacemos los autores al hilo del comentario de los distintos preceptos del Anteproyecto, un análisis de las modificaciones que se desean introducir en el Código Penal. La cuestión no es esa. Ya he apuntado más atrás que, seguramente, el problema fundamental está en la inexistencia de medios de control de las actividades de los administradores públicos y de los agentes económicos y financieros; y desde luego de los partidos políticos. Es decir: da lo mismo introducir —aunque no es el caso— las mejores normas penales en nuestro Ordenamiento, pues si no existen escalones anteriores serán inútiles: condición para la existencia de una buena legislación penal es la presencia de una adecuada normativa administrativa (civil, financiera...) reguladora del orden general. Sin eso todos los preceptos penales serán, sin más, inútiles: la existencia de un Derecho penal simbólico hay que referenciarla no en relación exclusivamente al propio Ordenamiento punitivo sino teniendo en cuenta el Ordenamiento Jurídico general.

Pues bien, en este último sentido poco o nada se ha hecho: los mecanismos de control siguen brillando por su ausencia o por su inoperancia, los partidos políticos continúan con sus actividades delictivas habituales o de aprovechamiento de las arcas públicas, los gobernantes explotan la riqueza nacional en beneficio de sus “acreedores políticos” (fundamentalmente las instituciones financieras, españolas y extranjeras), los numerosos “parlamentos” existentes en el Estado continúan sin “adelgazar”... Diera la impresión de que nada ha sucedido, de que nada está pasando, de que todo “esto” nos lo hemos inventado los críticos del sistema.

4.— A la vista de lo dicho más arriba y otros muchos factores, lo lógico, lo razonable hubiera sido que por el Ministerio se elaborara un programa en el que se pusieran de manifiesto las necesidades de punición. No es método adecuado el de comenzar a leer el Código y proceder a plantear alternativas a todo lo que “nos suene” mal o con cuya regulación no estemos de acuerdo; por el contrario hay que identificar primero

los problemas, diseñar a continuación las líneas de Política Criminal y, a renglón seguido, realizar las propuestas de tipificación. Pues bien, eso es justo lo que no se ha hecho, y de ahí lo incomprensible de muchas de las reformas propuestas en el Anteproyecto.

5.— Mientras todos estos procesos se desencadenaban ¿qué han hecho los responsables de la Justicia penal para mejorar el sistema? Dirijamos primero nuestra mirada al Ministerio: desde luego no se puede decir que al Ministerio de Justicia le haya importado mucho “la Justicia” que se imparte en nuestro país si no ha sido para acentuar su aspecto represivo. Es decir, estuvieron muy rápidos, Partido Popular y PSOE, para pactar un tremendo incremento en la dureza de las penas —algo no visto desde el CP de 1870— con las reformas de 2003, pero nada hicieron, nada, para reformar nuestro procedimiento criminal que se constituye en la mayor lacra del sistema penal, y ni siquiera fueron capaces, en época de bonanza económica, de modernizar tecnológicamente la Administración de Justicia. Eso sí, el actual Ministerio ha tenido ocasión, en muy poco tiempo, para imponer nuevas tasas judiciales, y traspasar a los Registradores y Notarios buena parte de la gestión del Registro Civil, que hasta ahora llevaban el Ministerio y los Juzgados, precisamente se traspasa la parte que más beneficios puede reportar y la menos comprometida, todo por ayudar en estos malos tiempos a los titulares de esos negocios “que tan mal lo están pasando”. Pero también ha tenido tiempo el Ministerio del Interior para diseñar un plan para sustituir a la Guardia Civil de la vigilancia exterior en las prisiones y encargársela a vigilantes jurados, que son más caros, menos diestros en esas tareas y poseen inferiores competencias, pero que proporcionan ganancias sustanciosas a los propietarios de esas compañías de seguridad. Es decir: los Ministerios de Justicia e Interior han tenido tiempo para iniciar la privatización de la Justicia.

Pero esa tendencia a la privatización de la Justicia también ha cobrado impulso gracias a la utilización de instrumentos técnicos que muchos presuntos progresistas han abrazado llevados de entusiasmo de conversos: la mediación penal, que no pocos de sus cultores —con pretensiones de acabar constituyendo el “Real Cuerpo de Mediadores del Estado”, y muchos Colegios Profesionales— justifican en “realidades” penales y procesales que poco tienen que ver con las españolas, pues en no pocas

de esas obras para futuros “mediadores” se justifica la “necesidad” de la mediación, en la idea de que la justicia penal española es retributiva y no concede ninguna relevancia procesal a las víctimas del delito; y eso lo dicen de un sistema en el que existe la acusación particular, la acusación popular y en el que los actores civiles tienen presencia cualificada en el proceso, y también lo afirman de un sistema de penas que cuenta con suspensión, sustitución, remisión condicional, tercer grado, etc.).

Hace años —en tiempos, todavía, del inolvidable presidente Aznar, quien fue sustituido por otro también inolvidable, al que reemplazó un tercero que se nos está haciendo, a su vez, inolvidable— denuncié en un texto la disminución alarmante de las plantillas policiales (Guardia Civil y Policía Nacional) como consecuencia de una política de seguridad dirigida, conscientemente, a “privatizar la seguridad”; es decir, a poner la seguridad únicamente al alcance de aquéllos que “pudieran pagársela”, lo que equivale a entonar un “adiós a la democracia” desde el punto de vista de la seguridad pública. Puse, también, de manifiesto lo especialmente alarmante que es la insuficiencia del despliegue de la Guardia Civil en zonas rurales (es decir, en la mayor parte del territorio español) o en las nuevas zonas urbanas —entre las que se incluyen cientos de “urbanizaciones” donde, sencillamente, no existe, en absoluto, seguridad pública—. Ello, comentaba en el año 2004, está provocando que centenares de pequeñas —aunque a veces no son tan mínimas— poblaciones queden abandonadas (absolutamente, o a partir del mediodía que es cuando finalizan su “turno” los pocos Guardias Civiles existentes para toda la comarca en la que operan) desde el punto de vista de la seguridad y del respeto a las normas de convivencia más elementales. Todo esto explica, también, que paulatinamente se vaya haciendo recaer en los particulares la carga de velar por el orden público, lo que introduce un criterio antidemocrático —puramente económico— inadmisibles en materia de seguridad pública. Ello facilita, asimismo, la actuación de grupos organizados y especializados de delincuentes que, casi con total impunidad, están asaltando viviendas y naves industriales a lo largo de toda la geografía española, convirtiendo lo excepcional en habitual.

Esa política de disminución de plantillas en nuestras “policías” se frenó durante la época del gobierno socialista, pero ha vuelto de nuevo a imponerse en estos tiempos; así, en época en que la lógica —y la expe-

riencia— enseña que crece el delito, las plantillas policiales disminuyen y ni siquiera se cubren las jubilaciones. Con lo que se produce este doble efecto: los menos pudientes se quedan sin seguridad (juicio que hay que ilustrar con el dato de que en 2012 aumentaron en casi un 25% los robos en viviendas), y los que tienen medios económicos han de pagársela. Estamos, como digo, ante un ejemplo máximo de política antidemocrática en materia de seguridad.

6.— Pero si lo hasta ahora relatado es suficientemente grave, mucho más lo va a ser para la Justicia Penal una reforma como la contenida en el artículo 602 del Borrador de Código Procesal Penal (¿por qué tienen que cambiar los nombres de las leyes, de los códigos, si con ello en nada se contribuye ni al contenido, ni a la coherencia, ni a la claridad y eficacia de la norma?) elaborado por el Ministerio de Justicia. Aquí ya no se trata de las circunstancias económicas o sociales, no estamos tampoco ante una modificación fácilmente comunicable a los ciudadanos en su monumental transcendencia, pero sí nos hallamos ante uno de los cambios más trascendentales que ha habido en muchísimos años en nuestro Ordenamiento Jurídico. Dice así el referido artículo:

*“Naturaleza vinculante de la jurisprudencia*

*La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tendrá carácter vinculante para los órganos del orden jurisdiccional penal, que interpretarán y aplicarán las normas jurídicas conforme a la interpretación de las mismas que resulte de las resoluciones dictadas por la indicada Sala”.*

Hace ya años se produjo —en la primera legislatura del anterior gobierno socialista— un intento parecido de equiparar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a la del Tribunal Constitucional, de lo que di noticia en un escrito que en lo que continúa reproduciré en parte. Me refiero al intento de modificación del artículo 5 de la LOPJ; decía el nuevo párrafo segundo del artículo 5.1 de la Ley acabada de mencionar:

“Los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo”.

No son los relatados ni el primero ni el segundo intento de modificar nuestro sistema de Fuentes (porque en la práctica no se trata de otra cosa), pues ya en fecha, naturalmente, de 18 de julio de 2006,

los Magistrados de la Sala 2ª del Tribunal Supremo consensuaron el siguiente texto: “Los Acuerdos de la Sala General (Pleno no Jurisdiccional) son vinculantes”. Obviamente su ilegal tentativa, por esperpéntica, no alcanzó el éxito deseado, y fue en ese momento en el que, debido a las fortísimas críticas que desde todos los sectores se les dirigieron, los intentos de la Sala 2ª por “hacerse con la legislación penal” a través de los Acuerdos No Jurisdiccionales, comenzaron a limitarse. Pero el que tal cosa ocurriera no debe hacer olvidar las pretensiones del aludido Tribunal por imponer “sus” criterios legislativos por encima de las decisiones parlamentarias; y es el fracaso de aquél “Acuerdo”, claramente conculcador —en mi opinión— de lo previsto en el artículo 117.1 CE (sometimiento de los Jueces y Magistrados “únicamente al imperio de la Ley”), lo que ha originado la actual tentativa plasmada en el borrador de “Código Procesal” al que me estoy refiriendo.

En todo caso debe decirse que el anterior intento, viniera o no de la Sala 2ª del Tribunal Supremo y de su Gabinete Técnico (por cierto, sería oportuno preguntarse por el origen de sus Letrados, quienes tienen un importante papel en, sobre todo, las resoluciones de inadmisión, que no en escasas ocasiones son verdaderas sentencias), contaba con un fuerte apoyo en alguno de sus otrora magistrados, quien daba cobertura teórica a esos proyectos. Me refiero, por ejemplo, a BACIGALUPO ZAPATER, para el cual “El fundamento normativo de la fuerza vinculante de la Jurisprudencia se encuentra en la Constitución y se deduce de la garantía de igualdad ante la Ley en el territorio estatal, así como del principio de seguridad jurídica”; e insistiendo en esta opinión acerca de la ausencia de incompatibilidad entre la Constitución y el establecimiento de una vinculación de los tribunales inferiores a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, añade: “La sujeción de los jueces, únicamente, a la ley y al Derecho tiene que ser interpretada en el contexto de todas las garantías del estado de Derecho. La posibilidad de que existan interpretaciones distintas de un precepto, exige la existencia de un órgano judicial que establezca cuál sea la interpretación que debe prevalecer para garantizar tanto la igualdad frente a la Ley como la certeza jurídica” (*“Applicazione del Diritto Penale ed uguaglianza dinanzi alla Ley. Un quadro europeo”*).

Pues bien, no puedo estar de acuerdo con esta interpretación que se hace del Ordenamiento jurídico español, y ello por los siguientes motivos que de forma más acabada ya expuse hace algún tiempo:

1º. La vinculación que establece la Constitución española para los jueces no es a la “Ley y al Derecho”, sino únicamente a la Ley —artículo 117.1 CE—; la doble vinculación se impone sólo para la Administración Pública —artículo 103.1 CE—. En realidad, cuando el autor hace referencia a la “Ley y al Derecho” lo que hace es impulsar un modelo, el del “derecho judicial”, que se consagraría como fuente originaria paralela a la ley votada en Cortes; se trata de un estándar que sí puede tener engarce en la Constitución...alemana, pues es la Ley Fundamental de Bonn, y no la Constitución española, la que en su artículo 20.3) preceptúa:

“El legislador está sometido al orden constitucional, el poder ejecutivo y la jurisdicción a la ley y al Derecho”, aunque también es cierto que el artículo 97.1 de la Constitución alemana declara:

“Los jueces son independientes, estando sometidos únicamente a la ley”.

Pues bien, precisamente la relación entre estos dos preceptos ha planteado no pocos problemas a la dogmática jurídica constitucional alemana, renovando la discusión sobre el viejo binomio legalidad/legitimidad con remisiones a la obra del “segundo” RADBRUCH. Este “derecho judicial” propugnado por el BACIGALUPO ZAPATER se opone al modelo francés (inglés) de la separación de poderes, que es el seguido mayoritariamente en el Continente, y obedece, en sus precedentes, a los planteamientos de la escuela histórica de SAVIGNY y PUCHTA que ven en el *Volksgeist* el elemento referencial del Derecho, y consideran que toda codificación es perjudicial por no respetar la conexión del Derecho con el pueblo; en este último planteamiento serían los juristas los depositarios de esa “conciencia” popular. Obviamente la contraposición entre los dos modelos termina teniendo, en algún momento del desarrollo de ese “derecho de los juristas”, un significado ideológico importante, que oscilará entre lo reaccionario y lo progresista, dependiendo de las concretas circunstancias. ¿Qué significado político podría llegar a tener en nuestro país semejante planteamiento? Desde luego que a nadie se le oculta que la clase judicial española es mayoritariamente conservadora (y la Sala 2ª especialmente), por lo que las conclusiones son obvias.

2º. La locución “sometimiento al imperio de la Ley” debe entenderse como expresión de la voluntad popular (STC 124/2001, de 4 de junio). En ese sentido no debe olvidarse que “en un Estado democrático de Derecho, del que la separación de poderes y el sometimiento de los jueces al imperio de la Ley constituye uno de sus pilares básicos, la creación de ésta corresponde al poder legislativo, de forma que su función tiene una legitimación democrática, mientras que los Tribunales tienen como cometido el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 117 CE), derivando su legitimación, en consecuencia, de la aplicación de la Ley creada por el Parlamento” (STC 48/2001, de 26 de febrero), y que “La construcción del Estado de Derecho se asienta en el aseguramiento del imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, como indica el preámbulo de la Constitución de 1978, entendiéndose que la ley como norma emanada del Parlamento es irresistible salvo en aquellos casos en que vulnera abiertamente un precepto constitucional, rasgo que ha sido asumido por los arts. 117.1 y 161 y siguientes de la Constitución...” (STC 136/2011, de 13 de septiembre). El Tribunal Supremo, por su parte, habla del “imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular”, lo que, obviamente, excluye la Jurisprudencia (STS 1426/2005, de 13 diciembre y 1231/2003, de 25 de septiembre), o del “imperio de la ley, en cuanto expresión racional de la voluntad general reguladora de la pacífica convivencia ciudadana”. (STS 1739/1993, de 7 de julio), con lo que viene a insistir en la idea acabada de expresar.

3º. La interpretación del ex magistrado, además, prescinde de un plumazo de toda nuestra tradición jurídica, de todo nuestro modelo constitucional, lo que ni es conveniente ni deseable ni aceptable ni correcto. En efecto, la voluntad a la que los ciudadanos españoles decidieron someterse es “a la general” que tiene su expresión en las leyes aprobadas en Cortes, no a la de un puñado de jueces, aunque estos sean magistrados del Tribunal Supremo. La legitimidad democrática corresponde a la función legislativa; los jueces sólo se legitiman en la medida en que aplican la Ley, en que la obedecen, y de esa función meramente aplicadora no puede nacer una fuente de legitimación autónoma y originaria que les permita crear Ordenamiento; y, en efecto, tal cosa ocurriría si se consagrara la obligación de vincularse a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, porque a partir de ese momento la norma quedaría desplazada

por las colecciones de Jurisprudencia, donde los jueces nos ofrecerían unas leyes recubiertas “de una capa de glosas consuetudinarias tan espesa” que ya no se consultarían los Códigos sino las recopilaciones de sentencias (HAURIOU), y el Tribunal Supremo habría usurpado el lugar que le corresponde al Parlamento, a la soberanía nacional, con lo que el principio de división de poderes habrá sido arrinconado.

4º. Pareciera, además, a la luz de las líneas escritas por el ex-magistrado del Tribunal Supremo, que la igualdad de trato a los ciudadanos no fuera posible sin una vinculación de los tribunales inferiores a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, pues como señala PULITANÒ la interpretación que se otorga a las distintas normas, incluidas las penales, es mayoritariamente compartida por buena parte de los operadores jurídicos, lo que asegura una certeza legal sino absolutamente satisfactoria sí amplia. ¿Qué aportaría, por lo que importa exclusivamente a la certeza, una modificación como la propuesta en el artículo 602 del “Código Procesal”? Posiblemente lo siguiente:

- a) Un considerable empobrecimiento de la ciencia jurídica que pasaría del estudio de lo abstracto a lo concreto, del análisis de la norma general al examen de lo meramente particular, al limitado estudio del caso. De esta forma, además, se conculcaría una de las referencias básicas del Estado de Derecho que es la “que quiere leyes generales y abstractas, leyes que se ocupen de situaciones iguales para todos, y no de casos individuales; no leyes *ad personam* sino leyes que afronten y den soluciones a problemas de carácter general” (MARINUCCI). Las vicisitudes que está sufriendo la “doctrina Parot”, precisamente por buscar soluciones para un caso concreto, debería hacer reflexionar sobre la inconveniencia de transitar ciertos caminos.
- b) Únicamente aportaría mayor certeza en el supuesto de que el nuevo caso planteado resultara idéntico, absolutamente idéntico —lo que es imposible si tenemos en cuenta las, necesarias, referencias subjetivas—, al ya resuelto y respecto del cual la Jurisprudencia del Supremo hubiere fijado claramente su posición. Pero no se obtendría tal resultado, sino por el contrario mayor incertidumbre, en el supuesto de que el nuevo caso sólo fuera

“similar”, “parecido”, “análogo”, etc. al ya resuelto, porque en tal eventualidad ¿cuál debería ser el referente? ¿La norma abstracta o la particular establecida por la Jurisprudencia? En esta última eventualidad ¿cuáles serían las reglas de integración del nuevo caso en el ya resuelto? ¿No habría que elaborar toda una hermenéutica acerca del entendimiento de las decisiones de los jueces? ¿No ganaría terreno una interpretación dirigida más a la persuasión, a la resolución favorable del particular conflicto, que a consensuar el sentido de la norma? No deben olvidarse en este sentido las enormes complicaciones que surgen en el sistema del *common law* a la hora de establecer la “*ratio decidendi*”.

- c) Una modificación del sistema de Fuentes y la quiebra del Principio de Legalidad, de manera tal que, en la realidad, los delitos y faltas serían definidos por la Jurisprudencia, con lo que las limitaciones a la libertad no se establecerían por los representantes de la soberanía nacional sino por unos jueces, muy ilustrados o poco ilustrados pero, en definitiva, no habilitados constitucionalmente para llevar a cabo semejante función. No hay peor tiranía que la de caer en manos de los que, al mismo tiempo, norman, aplican y ejecutan.
- d) Actualmente cabe la discusión sobre la mayor o menor taxatividad de los tipos penales porque el referente es una norma, sin embargo en el caso de que el parámetro pasase a estar constituido por una Sentencia, cualquier control en esa dirección sería imposible, con lo que el Principio de Legalidad resultaría habitualmente conculcado; mejor aún, devendría inexistente en ese sentido. La taxatividad no existiría. Es decir: el Principio de Legalidad no saldría incólume de ese paso, pues terminará perdiendo casi todos, sino todos, sus habituales significados.
- e) El pluralismo hermenéutico, que es un valor necesario de la interpretación jurídica, habrá dejado de existir, siendo sustituido por un empobrecedor monopolio que en “supuestos sensibles” puede verse fuertemente politizado.
- f) El actual Tribunal Supremo, por el sistema de elección de los magistrados, no está —al margen del más importante problema de la falta de legitimación— capacitado para desempeñar el papel de

ser emisor de una Jurisprudencia vinculante, lo que se constata, en más de una ocasión, con unos niveles de disenso alarmantes que frustran cualquier esperanza de aplicación de la ley conforme al principio de igualdad. Para ello sería preciso que las designaciones como magistrado del Tribunal Supremo se hicieran atendiendo, exclusivamente, a la calidad jurídica de los candidatos, a sus conocimientos, y no a su afiliación a una determinada asociación profesional o a otros méritos sin aclarar, oscuros e inquietantes por desconocidos.

- g) Se produciría, necesariamente, un cambio metodológico en el trabajo de los jueces con los riesgos que ello conlleva. Efectivamente, en el sistema actual en el que la vinculación de todo Juez se produce, directamente, con la Ley, sin mediación alguna, el magistrado debe atender a la concreción de la norma abstracta en su aplicación al caso concreto. Es decir, la relación es entre lo general y lo particular. “Su razonamiento es —señala VINCIGUERRA— de tipo deductivo, en el sentido que deduce la solución del caso argumentando desde lo general (la norma) a lo particular (el hecho histórico)”; sin embargo, la decisión del caso en función del precedente, señala RHEINSTEIN, “implica razonamientos por analogía, es decir argumentaciones de lo particular a lo particular. El razonamiento por analogía constituye una combinación de inducciones y deducciones. El caso precedente debe ser reconocido como perteneciente a una clase más general, y entonces es necesario decidir si el nuevo caso pertenece o no a la misma clase. Consecuentemente, cuando los dos casos no son iguales en todos sus aspectos, la cuestión consistirá en comprobar si el viejo y el nuevo caso son iguales en sus elementos jurídicos esenciales. Pero ¿qué es lo jurídicamente esencial? Tales cuestiones hacen necesario determinar lo que haya sido la *ratio decidendi* en el primer caso”. Un cambio de método, pues; una modificación esencial en el proceso argumentativo, lo que exigiría la adaptación de todos los operadores jurídicos a nuevos referentes. Un caos. Un caos, pero empobrecedor, pues como dijera RADBRUCH refiriéndose al sistema inglés: “...el sistema de los precedentes entraña el peligro de que, por virtud de una decisión obligatoria para los jueces,

quede detenido el progreso de la ciencia del derecho en un cierto punto de su evolución. Así sucede que el actual derecho penal inglés, especialmente la teoría de la culpa, les parezca a los juristas continentales muchas veces haberse detenido en un estadio de su evolución que en la historia del derecho continental ya pertenece al pasado”.

5º. En todo caso habría que precisar qué tipo de vinculación consagraría ese, *non nato*, artículo 602 del Código Procesal; es decir, si la referencia a la vinculación está hecha a las interpretaciones generalizantes o a concretos precedentes, o a ambas (precedente en sentido estricto). Obviamente si el caso fuera el primero o el tercero, la caracterización del Tribunal Supremo como “pequeño legislador” sería más manifiesta, y más clara también la conculcación del sistema constitucional de división de poderes y, como consecuencia, la usurpación por parte del Tribunal Supremo de la libertad de los ciudadanos de la que únicamente el Poder Legislativo puede disponer. El acabado de referenciar es, en realidad, el nudo de la cuestión: ¿cuál es el papel constitucional del Poder Judicial?, ¿es el de dictar normas?, ¿quizás el de emitir criterios vinculantes de interpretación de las leyes —normas, al fin y al cabo? ¿O es, más bien, el de, a partir de una norma dada, aplicar la regla al caso concreto?—. Desde luego a tenor de lo preceptuado en los artículos 117 y ss. CE, el papel de los jueces y magistrados, de los tribunales, no es el de dictar normas, sino el de “juzgar”; y por tal se entiende someter una concreta conducta a contraste con la norma, habiendo sido atribuido el papel de dictar normas penales al Legislativo —artículos 66.2 y 81 y ss. CE—. La propia Exposición de Motivos de la LOPJ expone con suficiente claridad cuál es el papel del Poder Judicial:

“El Estado de derecho, al implicar, fundamentalmente, separación de los poderes del estado, imperio de la Ley como expresión de la soberanía popular, sujeción de todos los poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y garantía procesal efectiva de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan un emplazamiento constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la Ley, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. El conjunto de órganos que desarrollan esa función constituye el poder judicial...”.

6°. ¿Cómo se compaginaría, además, esta vinculación a la Jurisprudencia con la independencia judicial reconocida en el artículo 117 de la Constitución?, y en concreto —como apunta DONINI— ¿Cómo se compadece esa vinculación con el “pluralismo interno a las instituciones que gestionan autoritariamente el Derecho penal, y cuya vitalidad se constituye en garante del pluralismo externo al mismo Derecho penal”?

Una última reflexión ya indiciada más arriba: la introducción del contenido del artículo 602 en el Código Procesal supondría, en la práctica, una verdadera revuelta conservadora en España, y destinada a permanecer durante mucho tiempo. Efectivamente, durante los últimos años han sido magistrados conservadores quienes, mayoritariamente, han accedido a un Tribunal Supremo que ya era conservador de origen, con lo que, y al margen de lo que dijeran las urnas en las periódicas elecciones, nuestra legislación (forzada en ocasiones por interpretaciones “sorprendentes”) sería cada vez más conservadora, lo que supondría que los ciudadanos perderían todo control sobre el contenido de las normas.

7.— Mas sigamos con modificaciones legislativas verdaderamente trascendentes: no es necesario insistir en la idea de que en España no existe sistema de Justicia o que de existir constituye un verdadero desastre. Pero llama la atención el permanente intento de seguir empeorándolo en el ya escasísimo margen en el que ello es posible.

Por ejemplo, corre la especie en el “mundo de la Justicia”, y desde hace ya tiempo, de que la Instrucción hay que entregarla a los Fiscales; juicio éste al que se ha arribado siguiendo una vieja costumbre legislativa española: sin analizar los presupuestos, el contexto en el que ese cambio se va a introducir. Es decir: la Fiscalía General del Estado está absolutamente politizada, en el nombramiento del Fiscal General y en buena parte de los nombramientos que se producen en el seno de “la carrera”; pero, además, también lo está en no pocas de sus decisiones y fundamentalmente en su dirección, y si se quiere un ejemplo cercano no hace falta más que dirigir la mirada a lo ocurrido en el “caso Dívar”. ¿Cómo entregar a la Fiscalía, en estas condiciones, la Instrucción Penal? Ciertamente la Instrucción por los jueces puede presentar problemas, dificultades, pero también conlleva garantías: pues se hacen cargo de ella órganos independientes, que errarán o no (lo harán menos si se modifica la Instrucción en un sentido razonable), pero que se vinculan

exclusivamente a la Ley. Sin embargo, esto no sucederá con los Fiscales; ellos están insertos en una estructura muy jerárquica que se encuentra claramente politizada, con lo que si se entrega la Instrucción a la Fiscalía (lo cual podría ser lo idóneo en un escenario idílico) acabaremos pervirtiendo, políticamente, aún más, la Instrucción Penal (a lo dicho debe sumarse el empleo tan particular que hace la Fiscalía del Principio de Oportunidad —en contra de su sujeción a la Ley que es a lo que le obliga la Constitución—, lo que poco tiene que ver con un concepto riguroso del mismo, y mucho con un uso ideológico de la acusación pública —véase en este sentido, y especialmente, la práctica de la Fiscalía en el delito tributario—).

Con lo acabado de decir no se pretende indicar que no resulte necesario reformar desde sus cimientos la Instrucción penal, pues lo que no es soportable son esas instrucciones que duran años y años (la utilidad de ello, y de ahí el escaso interés de los partidos políticos por modernizar la Justicia, se pone de manifiesto en los procesos por corrupción política: pueden descansar tranquilos los jefes imputados pues sus casos tardarán tanto tiempo en verse, que lugar tendrán para acabar a plena satisfacción sus carreras políticas —el caso Fabra es ejemplar a este respecto—), o esas resoluciones en no pocas ocasiones incomprensibles hasta en su propia redacción, y que ponen de manifiesto no sólo una sobreabundancia de trabajo, sino también —frecuentemente— desidia e ignorancia. En todo caso resulta preciso introducir, ahora mismo, urgentemente, en la Instrucción —y hasta tanto no se lleva a cabo una reforma más profunda— algunas modificaciones: primero convencer a la Fiscalía para que “aparezca” en la Instrucción (y no sólo en las de “relumbrón” o a la hora de oponerse con un único renglón a la admisión de recursos bien fundamentados); en segundo término imponer limitaciones temporales a la duración de las instrucciones; en tercer lugar convencer a tantos jueces instructores de que con la Instrucción no se trata de dejar todo resuelto y decidido, que algo ha de quedar para la Vista Oral, y cuarto aclarar la responsabilidad *ad extra* de los Fiscales: no es aceptable que sean los miembros del Ministerio Fiscal los únicos funcionarios públicos que no respondan penalmente por conductas desarrolladas en el ejercicio del cargo.

Pero mientras tanto y ante la abstención, en demasiados casos, de la Fiscalía, la Acción Popular parece ser el único refugio. Ciertamente en los últimos años ha sufrido la Acusación Popular considerables ataques: de los Tribunales (recuérdense los “casos” Atutxa-Botín) y de los bienpensantes (que interpretan que “no es admisible” la utilización que algunas asociaciones de extrema derecha han hecho, en algún caso, de la acusación popular, lo que justifica imponer fuertes restricciones a la misma e incluso reclamar su supresión; y, sin embargo, se olvidan de que ha sido mayoritariamente mediante la acusación popular como se está combatiendo la corrupción urbanística —y no sólo— en España). Esas tendencias han finiquitado con influir decisivamente en el Borrador de Código Procesal, en el que: a) se limita fuertemente la Acción Popular, al excluir de ella a las personas jurídicas —con la sola excepción de las asociaciones de víctimas del terrorismo—; b) se reduce intensamente su representación procesal otorgando, además, a los decanos de los colegios de abogados facultades para la designación de letrados en ciertos casos, con lo que se encarecerá considerablemente el proceso, y c) se establece caución con carácter preceptivo para litigar (lo que a alguno le puede llegar a parecer que no supone modificación respecto a la actual situación normativa, pero sin embargo la dicción del texto del Borrador del Código Procesal inclina a considerar lo contrario), lo que debilitará intensamente esta clase de acusación.

8.— No debo terminar estas reflexiones sin aludir a esa clase de sentencias tan poco mentadas pero tan presentes en la práctica penal española: me refero a las “sentencias teóricas”. En efecto, el Grupo de Política Criminal ha llamado la atención —y rápidamente se sumaron a la denuncia los medios de comunicación de masas—, y tras el oportuno estudio, sobre la gran cantidad de indultos que se conceden en España por el Ministerio de Justicia (Gobierno), y cómo el porcentaje mayor —en relación a los injustos cometidos— corresponde a delitos contra la Administración Pública (cohecho, malversación, prevaricación, etc.). Desde luego no creo que haya que estar de acuerdo con esas voces que como consecuencia de los últimos, y escandalosos, indultos tramitados por el Ministro de Justicia, están clamando por la supresión de la Gracia; no, pues creo que el sistema siempre necesita una válvula de escape, y el indulto, si es aplicado como debe serlo, resulta un instrumento

adecuado. Tampoco estoy de acuerdo en establecer una revisión judicial respecto de la oportunidad de los indultos, pues ello contradiría, precisamente, el espíritu del derecho de Gracia. La única “solución” es, como en tantas ocasiones, dar publicidad suficiente a esas concesiones de indultos: que el Gobierno publique con un acierta periodicidad quién ha sido agraciado con esa medida; y, naturalmente, que se motive la concesión del indulto, de cada uno de ellos (y que la existencia de esa motivación, no los fundamentos de la misma, sí sea controlable judicialmente).

¿Qué explicación se puede encontrar a que los condenados por delitos contra la Administración Pública estén sobrerrepresentados en la concesión de indultos? Si estuviéramos ante organizaciones criminales la explicación sería sencilla: una de las tareas a realizar por esas organizaciones consiste en procurar la impunidad de sus integrantes, lo que se lleva a cabo de la manera más variada: entre otras corrompiendo a funcionarios o haciendo un despliegue de violencia. Pero ¿estamos ante partidos políticos que no debemos confundir, al menos de plano, con organizaciones criminales! Por lo que debe obedecer a otros motivos, no sé cuáles.

Pero a las “sentencias teóricas” no se llega exclusivamente por la vía del indulto “clásico”, existe también el indulto penitenciario (artículo 206 del Reglamento Penitenciario, que es únicamente una forma diversa de impulsar la concesión del indulto) y, sobre todo, la concesión del tercer grado a los pocos días de entrar en prisión (“caso carromero”; tras trece días en prisión por la comisión de sendos homicidios en las personas de dos de los máximos dirigentes de la oposición en Cuba, a donde el dirigente político había acudido, en una nueva jugada maestra de la política exterior española, a apoyar a la oposición, sería interesante conocer a cuánto le ha salido al Estado español el “kilo de carromero”, y si por todos los presos españoles en el exterior se moviliza el cuerpo diplomático español de la manera veloz en que lo ha hecho en este caso). En conclusión: si se suman los indultos “clásicos” (incluidos los conseguidos por la “vía penitenciaria”) y el adelantamiento a tercer grado, nos encontramos con que en no pocos casos años de instrucción y de esfuerzos judiciales y policiales se acaban convirtiendo en un mero “tiron de orejas”, especialmente si el condenado —en ese ejercicio teórico que han hecho los jueces— es un dirigente de un partido político o un

administrador público, y los delitos cometidos son, “sólo”, de cohecho, malversación, corrupción u homicidio.

9. –Finalmente señalar que hay que tomar alguna decisión para terminar con ese espectáculo en el cual los imputados utilizan el proceso para dar rienda suelta a unas estrategias que implican o llevan consigo burlarse de la Administración de Justicia, de las víctimas y de los múltiples perjudicados por el delito. Me refiero a las falsedades continuadas que muchos imputados vierten en el proceso mediante sus declaraciones, y que obliga a la Administración a buscar cadáveres en estercoleros, ríos, predios, etc., con mucho gasto económico y más sufrimiento; o esas declaraciones procesales con las que ilustres —o no tanto— imputados chantajean a otras partes en el proceso o a terceros. Pues bien, es evidente que los mecanismos penales y procesales actuales no bastan para salir al paso de semejantes comportamientos, que día a día están originando más graves consecuencias. En este sentido entiendo que resulta necesario introducir mecanismos como el delito de perjurio, que amenazado con una pena lo suficientemente importante, convierta en muy antieconómico acudir a las aludidas estrategias. De la misma forma hay que reformar los delitos de falso testimonio (y dar instrucciones a los Fiscales) para acabar con el cotidiano espectáculo de pruebas periciales extravagantes o declaraciones de testigos evidentemente falsas, y que no están encontrando respuesta adecuada en el sistema penal.

10. La obra que el lector tiene en sus pantallas es el producto de unas intensas Jornadas de Profesores de Derecho Penal celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid, los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013. El objeto del debate lo constituyó el Anteproyecto de Reforma de Código Penal presentado por el Gobierno a finales del verano de 2012. Para un mejor análisis del mismo se distribuyó el trabajo en diferentes mesas en las cuales Profesores de Derecho Penal, Jueces, Fiscales y Abogados expusieron sus puntos de vista (en general muy críticos) con el texto elaborado por el Ministerio; cuando en las discusiones se llegaron a acuerdos entre los distintos ponentes, se firmó conjuntamente la contribución.

Hemos querido los organizadores (el Seminario de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid) que los ponentes no sólo examinaran, y criticaran en su caso, las propuestas de regulación, sino que

formularan alternativas de tipificación en los supuestos en los que procediera (cuando la propuesta no era, sin más, de supresión), para de esa forma facilitar a los legisladores un material que creemos puede llegar a ser especialmente valioso en el caso de que este Anteproyecto termine aterrizando en Las Cortes (lo que espero que no ocurra). En este sentido deseo expresar mi agradecimiento a todos los que intervinieron en las Jornadas y en la obra, por su generosidad en el esfuerzo y por mantener la ilusión de que, a lo mejor, nuestros legisladores pueden llegar a consultar esta obra antes de formular las enmiendas que correspondan al Anteproyecto de Código Penal.

*En Getafe, a 10 de febrero de 2013*

# Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012

**JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS**  
*Catedrático de Derecho penal*  
*Universidad de Málaga*

---

## I. INTRODUCCIÓN

Las páginas que siguen son solo unas breves, y resumidas, consideraciones sobre algunas de las propuestas de reforma contenidas en el anteproyecto de reforma del código penal de 2012. El conocimiento del contenido del citado anteproyecto ha movilizadamente a importantes sectores del mundo académico, judicial y social en general, alarmados por la transformación y endurecimiento de la actual política criminal que esa reforma supondría.

Esta inquietud es más significativa, si cabe, si pensamos que la política criminal española lleva adquiriendo un sesgo cada vez más rigorista desde unos pocos años después de la aprobación del nuevo código penal de 1995. Desde 1998 nuestro código penal ha sido objeto de cerca de 30 reformas, algunas de gran extensión y calado, y la gran mayoría de ellas han dado lugar a la creación o ampliación de figuras delictivas o al endurecimiento de las penas. La alarma ahora generada nos indica 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. Lustros, por cierto, en los que las tasas de criminalidad en nuestro país no han registrado incrementos significativos, cuando lo han hecho.

Soy consciente de que las líneas que siguen no abordan algunos de los temas más preocupantes de la reforma, como la implantación de la cadena perpetua, técnicamente llamada prisión permanente revisable, o la radical transformación de nuestro sistema de medidas de seguridad, de la que son ejemplos especialmente significativos la regulación

de la custodia de seguridad y la expansión de la libertad vigilada. Otros compañeros del mundo académico y judicial se están ocupando intensamente y con acierto de revelar los escasos fundamentos de la propuesta.

Mi atención se va a centrar en cinco asuntos de naturaleza diversa, pero cuyo tratamiento en la reforma dice mucho sobre la forma en que los impulsores de ella entienden la política criminal. El primer asunto supone transformar una demanda hace tiempo formulada por el mundo de la academia y la jurisdicción en algo sustancialmente distinto a lo que se pedía. El segundo asunto muestra cómo las pretensiones de hacer irreconocible el sistema de sanciones y medidas de seguridad diseñado por el código penal de 1995, a lo que ya se han aplicado antes otros legisladores, no se confina a los temas más llamativos, como la cadena perpetua o la custodia de seguridad. El tercer asunto nos da un buen ejemplo del desinhibido aprovechamiento por el legislador nacional de la populista política criminal europea para perseguir sus populismos internos. El cuarto asunto nos muestra de nuevo esa instrumentalización de las obligaciones procedentes de la Unión europea para perseguir objetivos desmesurados a costa del respeto de ciertos derechos fundamentales. Y el quinto asunto nos recuerda el tradicional papel del derecho penal como guardián de los intereses inmediatos de los detentadores del poder político.

Esta críticamente contundente caracterización de las decisiones tomadas por el gobierno de la nación en los cinco asuntos penales que voy a tratar no me impide reconocer que, distribuidos entre ellos, se encuentran un número mayor o menor de aciertos, sea en la decisión político-criminal fundamental, sea en aspectos concretos de la regulación propuesta. Así lo he hecho constar en cada caso. No obstante, la valoración general no puede ser positiva.

El trabajo está carente de todo aparato crítico, porque ha sido concebido más bien como un texto para el debate jurídico-penal, en un momento clave para la configuración de la reforma pretendida. Ello explica igualmente la escritura casi esquemática y una argumentación reducida a lo más esencial. No me duelen prendas en reconocer las influencias que en las ideas expresadas haya podido recibir de numerosos colegas.

## II. ELIMINACIÓN DE FALTAS O TRANSFORMACIÓN EN DELITOS LEVES

I. La pretensión, citada en la Exposición de motivos, es respetar el principio de intervención mínima y transformar la mayoría de faltas en infracciones civiles o administrativas, a salvo la incorporación de algunas a los nuevos delitos leves.

Comparto la idea de despenalizar las faltas, así como la consideración de que algunas de ellas deberían ser consideradas infracciones. En todo caso, no se puede olvidar que en principio ello supone trasladar al derecho administrativo sancionador, dependiente del poder ejecutivo, un cierto número de infracciones hasta ahora penales.

II. Pero la afirmación de la Exposición de motivos no responde sustancialmente a la realidad:

1. Sólo se suprimen las faltas de los arts. 621.1 —lesión leve con imprudencia grave—, 621.2 —homicidio con imprudencia leve—, 621.3 —lesión con imprudencia leve—, 618 —abandono de menores o incumplimiento régimen familiar—, 619 —denegación de asistencia a anciano o incapacitado—, parte de la 620.2 —injuria leve o vejación injusta—, 622 —infracciones a régimen custodia de menores—, 626 —deslucimiento de inmuebles—, 630 —abandono jeringuillas—, 633 —perturbación leve de orden público—, 634 —falta de respeto o desobediencia leve a la autoridad—. Sobre ellas, cabe decir:

- a. Que la falta del art. 626 cabe en el delito de daños.
- b. Que la desaparición de las faltas de los arts. 633 y 634 queda sobradamente compensada por la ampliación típica de los delitos de atentado, resistencia y desórdenes públicos.
- c. Que es discutible la desaparición del homicidio con imprudencia leve, derivado al derecho civil de daños.

2. Algunas faltas pasan sin más a integrarse en el delito menos grave anterior.

- a. Es el caso de las faltas de lesiones leves —art. 617.1—, de propiedad intelectual y parcialmente propiedad industrial —parte de art. 623.5—, de atribución de cualidad profesional —parte de art. 637— y

de defraudaciones a Hacienda de UE entre 4.000 y 50.000 € —arts. 627 y 628 (en este caso por LO 7/2012)—.

b. Para ellas rige lo que se dirá en letras b y c de apartado 3.

c. En lesiones leves, atribución de cualidad profesional y defraudaciones a Hacienda de UE se prevé incluso pena de prisión, antes no prevista.

3. Las conductas de un buen número de faltas pasan a realizar los tipos de los delitos menos graves antes existentes, pudiendo aplicarse facultativamente, si la conducta no es grave, un tipo atenuado.

a. Es el caso de las faltas contra la propiedad de hurto —623.1º y 2º—, estafa, apropiación indebida, defraudaciones de energía —art. 623.4º—, usurpaciones —art. 624— y daños —art. 625—, además de las falsificaciones —art. 629—.

b. Debido a una argucia legal —art. 13.4 inciso final—, ese tipo atenuado se ha de calificar como delito leve, cuando en la mayoría de las ocasiones tiene prevista una pena con tramos propios de los delitos menos graves —multas que superan los dos meses—.

c. Se produce una muy sustancial elevación de la pena, sea de límites mínimos, sea de máximos, sea de ambos, que en bastantes ocasiones llega a triplicar la actual.

4. Otro grupo de faltas se incluyen como delitos leves —configurando tipos atenuados o autónomos—.

a. Es el caso de las faltas de malos tratos —art. 617.2—, amenazas y coacciones leves —arts. 620.1 y 2—, utilización de vehículos de motor —art. 623.3—, falta de propiedad industrial —parte de art. 623.5—, abandono o falta de vigilancia de animales peligrosos —arts. 631.1 y 2—, atentados leves a flora —art. 632.1—, maltrato a animales en espectáculos —art. 632.2—, mantenimiento no consentido en domicilio de personas jurídicas —art. 635—, uso indebido de uniforme —parte de art. 637—.

b. En todas ellas rige lo acabado de decir en letras b y c de apartado 3.

5. Algunos tipos delictivos conectados a la realización de faltas —ahora delitos leves— amplían su ámbito de punición o la pena en relación con ellas.

a. Es el caso de asociaciones ilícitas —art. 515—, y de financiación de terrorismo —art. 570 ter—.

III. Mi propuesta consiste en:

1. Crear un derecho contravencional aplicado directamente por una jurisdicción específica, a la que deberían ir la mayoría de las actuales faltas, además de un número significativo de las actuales infracciones administrativas, y en el que no cupieran sanciones privativas de libertad.

2. Proceder a la despenalización de un mayor número de faltas —sin perjuicio de su tratamiento contravencional—, entre las que deberían estar las referentes a la propiedad intelectual e industrial, y las relativas a maltrato o abandono de animales.

3. Las faltas convertidas en delitos leves no deberían tener un marco penal que se superpusiera con el propio de los delitos menos graves, ni conllevar más pena que la que actualmente tienen prevista.

### **III. SUSPENSIÓN, SUSTITUCIÓN Y LIBERTAD CONDICIONAL DE LA PENA DE PRISIÓN**

I. La pretensión aludida en la Exposición de motivos es unificar la regulación de la suspensión y la sustitución de la ejecución de la pena de prisión, e integrar en ella el régimen de libertad condicional.

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, aunque hay que verificar si ello no implica un endurecimiento generalizado de sus requisitos. La integración en el mismo régimen de la libertad condicional no es compartida, pues es una institución con fines sustancialmente diversos, y puede llevar, como se verá, a soluciones insatisfactorias.

II. El régimen general de suspensión y sustitución propuesto se puede caracterizar como sigue:

1. Son asumibles las modificaciones que tienden a una ampliación de los supuestos en los que puede imponerse:

a. Cabe excepcionalmente la suspensión cuando las penas sumadas superen los 2 años.

b. La antigua sustitución, al someterse a régimen de suspensión, puede llegar a penas sumadas que superen los 2 años, incluso a penas de 5 años en drogas.

c. Hay una mayor especificación de los requisitos de concesión, seguimiento y revocación.

d. Se da una ampliación del listado de deberes y obligaciones imposibles.

2. Se ha de valorar positivamente que:

a. La suspensión pueda imponerse en sentencia.

b. Quepa la antigua sustitución cuando se cumpla el acuerdo de mediación.

c. Se elimine la obligada audiencia a las partes.

3. Se ha de valorar negativamente que:

a. Se traslade al régimen general de suspensión la actual prohibición de sustitución en delincuentes habituales.

b. En especial, 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.

Esta decisión es incoherente con la finalidad de la suspensión de evitar nuevas comisiones de delitos —y no de atender a delitos anteriores—. Además, resulta incongruente que se haya podido suspender por varios delitos, pero que una condena por un delito cometido entonces pero aún no considerado lleve a la revocación de la suspensión. En último término se encubre una incompetente y tardía persecución judicial.

III. El régimen de expulsión de extranjeros merece una valoración sustancialmente negativa, dentro de la ya insatisfactoria situación actual:

1. Negativo es:

a. Ante todo, que sea aplicable a cualquier extranjero, aunque sea residente legal.

b. Que, con más de 3 años de condena, se pueda expulsar sin atender al límite máximo de pena impuesto, por más que con una parcial, y no precisada, ejecución de la pena previa.

2. Positivo es que:

a. Se introduzca un claro criterio de proporcionalidad para no expulsar.

b. La expulsión sea solo regla con penas entre 1 y 3 años, y no de tres meses a 6 años como en la actualidad.

c. Se haya eliminado la expulsión en los supuestos de cumplimiento de libertad condicional del extranjero.

IV. El régimen de la libertad condicional, equiparado en gran medida a la suspensión, es claramente rechazable:

1. Hay que valorar negativamente que:

a. Se admita un plazo de libertad condicional —ahora suspensión— mayor que el de la duración de la pena restante.

b. Se pierda, en caso de revocación, el periodo pasado en libertad condicional.

c. Ya no se otorgue la libertad condicional de oficio, sino a instancia de parte y con plazos prefijados.

d. Se endurezca el régimen para enfermos.

e. Se excluya a delincuentes sexuales de los supuestos más generosos de plazo para pedir libertad condicional.

d. Se equiparen en gran medida las obligaciones y deberes, y revocación, a la suspensión.

e. Llama la atención la casi total desaparición de las menciones al juez de vigilancia penitenciaria.

2. Es asumible una cierta ampliación de los supuestos de 2/3 y 1/2 de cumplimiento de pena para la concesión.

V. Mi propuesta es:

1. Se puede admitir la unificación de suspensión y sustitución, siempre que se elimine la ampliación de la exclusión a delincuentes habituales así como la revocación retroactiva. Se echa en falta en todo caso algo más de interés en aprovechar estos instrumentos alternativos a la

prisión, como sería el caso con la introducción de la suspensión del fallo, ya existente en derecho penal de menores.

2. La pena sustitutiva de expulsión de extranjeros debería eliminarse, pues supone un trato desigual frente a los nacionales en uno u otro sentido. La inclusión en el anteproyecto de los residentes legales extiende ese trato desigual a supuestos aún menos justificados.

a. A lo más, respecto a los residentes ilegales, podría constituir una pena facultativa, con acuerdo del extranjero, para penas no superiores a 2 años.

b. Si se ha de mantener respecto a los residentes ilegales, se ha de suavizar el régimen, acortando, por ejemplo, los plazos de posible retorno.

3. 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. Eso explica la mayor parte de las reformas realizadas, todas orientadas en una línea equivocada.

Lo que habría que hacer es potenciar la libertad condicional como última fase de cumplimiento de la pena de prisión con condiciones de cumplimiento propias, encaminadas a lograr la reinserción social del penado. Es preciso además que la regulación permita un incremento sustancial de la frecuencia de cumplimiento de la última fase de la pena de prisión en libertad, que ahora está entre las más bajas de Europa.

#### IV. DELITOS SEXUALES

I. El Anteproyecto alega en su Exposición de motivos que el propósito de la reforma de los delitos sexuales es trasponer la Directiva 2011/93/UE.

II. Sin embargo, como ya sucedió con la reforma de 2010, en ese caso en relación con la Decisión marco 2004/68/JAI, en gran medida la reforma instrumentaliza las exigencias de la Directiva para endurecer nuestro ordenamiento sobre delitos sexuales mucho más allá de lo exigido por la Directiva.

Eso sin perjuicio de que las exigencias de la Directiva son desacertadas en muchos casos, y reflejan la caza de brujas hacia los delincuentes sexuales que se extiende por Europa.

III. Se proponen modificaciones solo aparentemente acordes con las exigencias de la Directiva:

1. Se construyen nuevos tipos innecesarios, pues las conductas ya están abarcadas de acuerdo a la Directiva. Es el caso de los abusos de confianza del art. 182, ya incluidos en vigente art. 181.3, del art. 188.1 respecto a proxenetismo y explotación de algún otro modo, y de los supuestos de engaño, vulnerabilidad... del art. 188.3.

2. Se amplían tipos sin que lo exija la Directiva o más allá de sus exigencias, como es el caso de los arts. 183 ter.1, 183 ter.2, 189 —aplicación de los preceptos de pornografía infantil y espectáculos exhibicionistas a los incapaces—, 189.2, 189.3.

3. Se imponen penas con límites máximos más altos que aquellos con los que se conforma la Directiva, lo que lleva en ocasiones a duplicar o incluso triplicar esos límites, lo que sucede en los arts. 183 bis, 183 ter.1, 183 ter.2, 189.1, 189.2, 189.3, 189.4.

4. Mantiene agravantes no exigidas por la Directiva, o se amplían más de lo exigido por Directiva: Art. 183.4.

5. Se prevé a través del art. 192.1 la imposición de una medida de libertad vigilada en relación con delitos que no habrán sido necesariamente castigados con pena de prisión.

6. Se extiende, de una manera desconocida hasta ahora, la aplicación de la ley penal en el espacio, asumiendo la postura maximalista, que no es obligatoria, de la Directiva: Art. 194 bis.

IV. Se admiten acriticamente construcciones dogmáticas perturbadoras, por más que lo exija la Directiva:

1. Se parte de que los delitos de abusos sexuales contra menores de 13 años son delitos de propia mano —art. 183.2—. Ello creará dudas respecto a si también lo son el resto de delitos sexuales, con las lagunas de punibilidad que ello podría originar.

2. Se crea mediante el art. 183 bis un delito de abusos sexuales con menores de 13 años que prescinde de la exigencia de contacto corporal.

3. Se procede a una desmesurada ampliación de la definición de pornografía infantil en el 189.1.

V. Se desperdicia la ocasión para reformar tipos y penas preexistentes que superan las exigencias de la Directiva:

1. No se rebajan los elevados límites máximos de pena ya existentes, que superan en la mayoría de los casos aquellos con los que la Directiva se conforma, como en los vigentes arts. 182, 183.1 y 3, 188.2, 189.2.

2. No se matizan agravaciones ya existentes no previstas en la Directiva, como las agravaciones por acceso carnal de los arts. 182.2, 183.3 y, parcialmente, 181.4.

VI. Solo ocasionalmente se produce una reducción del ámbito típico hasta ahora existente, como en la corrupción de menores del vigente art. 189.4.

VII. Mi propuesta es:

1. Dejar de considerar al derecho penal sexual como campo de experimentación de todas las afanes populistas y oportunistas a cuenta del derecho penal. Tratar esas conductas de una manera rigurosa, atenta a su escasa frecuencia y a sus favorables pronósticos resocializadores.

2. Proceder a una reducción del ámbito de los tipos básicos y de sus agravaciones, ajustada a la protección de la libertad sexual de adultos y menores, y desprovista de connotaciones moralizadoras o populistas. A ese respecto, el efecto agravador de la existencia de acceso carnal o de la condición de menor de la víctima debe ser matizado.

3. Proceder a una rebaja notable de límites máximos y mínimos de pena, que han alcanzado unos niveles desproporcionados respecto a la gravedad de las conductas.

4. Renunciar a regímenes excepcionales de persecución de estos delitos, como sucede con la propuesta ampliación de la ley penal en el espacio.

## V. DELITOS REFERIDOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

I. En relación con la libertad de expresión, la Exposición de motivos justifica la profunda reforma del art. 510 en su necesaria adaptación a la Decisión Marco 2008/913/JAI, así como a la STC 235/2007.

II. A tales efectos, se modifica notablemente el castigo de las conductas ahora incluidas en los vigentes preceptos de provocación a la discriminación —art. 510— y de negación del genocidio —art. 607.2—, lo que lleva a graves limitaciones de la libertad de expresión. Como en otras ocasiones, se instrumentaliza la Decisión Marco, yendo bastante más allá de lo que ella pide o del margen de discrecionalidad que da a los estados.

III. Se realiza una ampliación generalizada de las conductas punibles, no exigida por la Decisión Marco (DM):

1. El tipo básico del 510.1.a se amplía en las conductas materiales y en los efectos que pueden producir, más allá de lo que está en el actual 510 y de lo que pide la DM:

a. Además de la conducta de incitar, se incluyen las de promover o fomentar.

b. Tales conductas pueden realizarse también indirectamente.

c. Los efectos pueden ser, no solo de odio y violencia, sino también de hostilidad y discriminación.

d. Las acciones no es preciso que sean en público...

2. No se hace uso de la posibilidad ofrecida por la DM de que las conductas básicas del art. 510 solo se castiguen cuando sean susceptibles de perturbar el orden público o sean amenazadoras, abusivas o insultantes. Muy al contrario, se manipula esa salvedad para crear un nuevo tipo básico, el art. 510.1.b.

3. Se amplía de modo similar el tipo básico del delito de justificación y rehabilitación del genocidio del actual 607.2. En línea con la DM, ahora se abarcan también delitos de lesa humanidad y guerra, se incluyen conductas de negación, apología o trivialización, y se condiciona el castigo a que las conductas estén motivadas discriminatoriamente e inciten al odio o la violencia. Pero nuestro prelegislador amplía el tipo, más allá de la DM:

a. Sustituyendo el concepto de incitación por los conceptos más amplios de promoción o favorecimiento.

b. La promoción o favorecimiento no van referidos al odio o la violencia, sino a generar un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, entre otras ampliaciones.

4. Se amplía el supuesto de asociación ilícita —art. 515— referido a estos delitos, algo no exigido por la DM.

IV. Se introducen tipos nuevos, no exigidos por la DM:

1. Conductas lesivas a la dignidad personal de los grupos discriminados del art. 510.1.b.

2. Conductas previas a las de difusión o reparto de los materiales discriminatorios, del art. 510.2.a.

3. Apología de cualquier delito motivado discriminatoriamente, del art. 510.2.b.

a. En este último caso, además, se vuelve a manipular la DM, que se limita a pedir una agravante de discriminación en cualquier delito, lo que ya existe en nuestro código penal en el vigente art. 22.4<sup>a</sup>.

4. Se crea un tipo, el art. 510.3, que constituye un atentado directo a la libertad de información y expresión: Regula la destrucción, borrado o inutilización de libros, documentos, archivos de internet, y bloqueo de portales de acceso predominantemente dedicados a difundir contenidos discriminatorios.

a. No se tiene en cuenta el art. 7 DM, que autoriza a los estados a no implementar sus propuestas si contradicen sus libertades constitucionales de expresión, información y asociación.

5. Se agrava en casos de organización delictiva.

V. Se eleva el límite máximo de pena del tipo básico, más allá del límite con el que se conforma la DM.

VI. Mi propuesta:

1. Estos delitos de odio están muy cargados simbólicamente, y suponen una anticipación desmesurada del momento de la intervención penal. Además, no plantean en nuestro país los problemas que causan en otros, como lo demuestra su baja tasa de incidencia y su escasa gravedad.

2. Las exigencias internacionales deben ser asumidas restrictivamente, por lo que hay que acogerse a todas las salvedades, numerosas, que introducen estos instrumentos internacionales a favor de las legislaciones nacionales en materia de protección de derechos fundamentales.

3. En directa contraposición a ello, la propuesta de anteproyecto propugna una regulación mucho más amplia que la exigida por la DM, sin acogerse apenas a alguna salvedad, y manipulando alguna para hacer justamente lo contrario. Además las penas van más allá de lo exigido.

4. Ello da lugar a una regulación claramente contraria a la debida protección de la libertad de expresión, con joyas como la destrucción obligada de libros, documentos y soportes electrónicos.

## **VI. DELITOS REFERIDOS A LAS LIBERTADES DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN, DERECHO DE HUELGA, Y CONTRA ORDEN PÚBLICO**

I. La Exposición de motivos quiere trasladar la imagen de una propuesta político-criminal neutra, con un claro predominio de meras mejoras técnicas de estos delitos. Ello no se corresponde con la realidad.

II. En los delitos de atentado:

1. Se producen algunas mejoras:

a. Una mejor delimitación del concepto de resistencia activa grave del art. 550.

b. Rebaja de los límites mínimos de pena del actual 551.

c. Rebaja de la pena por resistencia pasiva del art. 556.

2. Pero hay numerosas reformas endurecedoras muy criticables:

a. Se introduce en el tipo básico del art. 550 un concepto muy amplio, como es el de agresión.

b. Se amplían de modo significativo las autoridades especialmente protegidas, en virtud de art. 550.3.

c. Se procede a una gran ampliación de tipo agravado del actual 552, propuesto como art. 551, en especial por la inclusión del mero lanza-

miento de objetos o líquidos o de acometimiento con vehículos, sin exigir riesgo para vida o integridad de nadie.

Debería haber bastado con la nueva agravación de conductas que creen peligro para vida o de menoscabo grave de integridad, suprimiendo la actual agravación de utilización de armas y las dos nuevas agravaciones indicadas.

Sorprende la eliminación de la agravante de prevalimiento de autoridad.

d. Al no haberse tocado los límites máximos de las penas de los tipos precedentes, las penas del tipo agravado del propuesto art. 551 seguirán siendo muy altas: 3 a 4,5, 4 a 6, 6 a 9 años, según los casos.

e. Los atentados a los que auxilian a la autoridad dejan de ser tipo atenuado, por lo que sufren una enorme elevación de penas, todavía más si la pena se ha de determinar teniendo en cuenta la naturaleza de autoridad o no del sujeto pasivo —art. 554.2—.

Estas penas resultan incomprensibles si se piensa que el autor ya no actúa sobre una autoridad, agente público o funcionario.

Además las acciones típicas son parcialmente disímiles a las del tipo básico de atentado.

f. Se equiparan acometimientos a bomberos, personal sanitario o equipos de socorro con motivo de calamidad, siniestro o emergencia, a los supuestos de atentado básico y agravado —art. 554.3—.

Sin embargo, esto no es un supuesto de atentado, sino de denegación de asistencia en general, cuyo lugar debería ser el Título IX, referido a la omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria. Es una preocupante expansión del concepto de atentado y de orden público.

Las conductas típicas no coinciden exactamente con las del tipo de los auxiliares ni con las del tipo básico de atentado.

Si se mantuviera aquí el precepto, cosa que no compartimos, debería ser tipo atenuado, como hemos propuesto mantener para el anterior número.

III. En los delitos de desórdenes públicos se produce un endurecimiento generalizado de la regulación:

1. Se produce una notable ampliación del tipo básico del art. 557:

a. Junto a actuaciones en grupo se incluyen actuaciones individuales pero amparadas en el grupo, lo que será susceptible de todo tipo de abusos interpretativos.

b. Se formulan más amplia y vagamente las conductas.

c. Se tipifican las amenazas de llevarlas a cabo, lo que supone una enorme ampliación del tipo.

d. Basta ahora con la efectiva alteración de la paz pública —ya no el orden público—, sin que sea preciso un adicional elemento subjetivo de lo injusto.

La desaparición de este elemento subjetivo trascendente supone el cierre a interpretaciones restrictivas del tipo.

2. Se crea un tipo agravado con supuestos muy discutibles: Mero porte de armas o instrumentos peligrosos, actos de violencia potencialmente peligrosos para vida o integridad grave —incluyendo *ex lege* el lanzamiento de objetos contundentes y líquidos inflamables, incendio y utilización de explosivos—, realización dentro o con ocasión de manifestación o reunión, pillaje, y prevalimiento autoridad.

a. Debiera bastar con la agravante de actos de violencia peligrosos para vida o integridad grave, siempre que se exija un peligro concreto, y la agravante de pillaje.

b. La aplicación automática de agravación en supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables es improcedente, pues no se exige peligro concreto y probablemente tampoco abstracto-concreto.

c. La agravante ligada a que el desorden se lleve a cabo dentro de, o con ocasión de, una manifestación o reunión es incongruente con la debida protección de bienes jurídicos fundamentales. Lo correcto sería ser más tolerante con esas conductas perturbadoras del orden público en tales contextos, pues se están ejerciendo derechos fundamentales. En realidad, habría que agravar cuando esas conductas alteradoras del orden público hicieran imposible el ejercicio de esos derechos, y no al revés.

3. Se añaden dos tipos de incitación o de reforzamiento de la disposición a hacer las conductas delictivas, uno respecto al tipo básico, si esas conductas van referidas a actuaciones directas sobre el grupo alborota-

dor —art. 557.2—, y otro respecto al tipo agravado a través de mensajes o consignas públicas —art. 559—.

a. La incitación es un concepto más amplio que la inducción cuando va referido a personas concretas, y más amplio que la provocación cuando se realiza mediante mensajes públicos. Y el reforzamiento es una complicidad psíquica.

Como la pena es igual a la del tipo básico, en la práctica se castigan indebidamente como inducción conductas preparatorias, y se castiga también indebidamente la complicidad como cooperación necesaria.

b. El segundo tipo —art. 559—, augura abusos e inseguridad jurídica.

4. Se autonomiza un supuesto del vigente art. 557, que sufre una notable ampliación —art. 557 ter—:

a. Aparte de invasiones, incluye ocupaciones.

b. La conducta ya no va referida a instalaciones o edificios, sino a domicilios de personas jurídicas o privadas, despachos, oficinas, establecimientos y locales.

c. Ya no se precisa alterar el orden público sino perturbar de modo relevante la actividad de tales lugares.

d. Ya no hace falta la intención de atentar a la paz pública.

El precepto está claramente orientado a abarcar los llamados piquetes informativos de huelga. No se precisa violencia, ni siquiera intimidación, bastando con actuar contra la voluntad del titular del lugar.

5. Se crea un tipo de interrupción del funcionamiento de los servicios públicos, sin concurrencia de daños a ellos —art. 560 bis—, lo que amplía la punición respecto al actual 560.

a. La inclusión de supuestos de mera interrupción parece estar pensando en acciones ligadas al ejercicio del derecho de huelga y de manifestación. Eso se corrobora por no haber incluido la interrupción de agua, luz y gas.

b. Incluye un pretendido supuesto de coautoría —“mediante la acción concurrente de otros”— que en realidad, al no exigir acuerdo previo, es un supuesto de autoría por acumulación de acciones, contrario al principio de imputación subjetiva.

6. El actual art. 561, de ser un delito de alteración del orden público o de producción de alarma social, se convierte en un tipo de movilización injustificada de servicios públicos. No hace falta que haya finalidad ni efecto de alteración del orden o la paz públicos. Tampoco se exige referencia, en el aviso falso, a explosivos o sustancias peligrosas.

a. Es una figura encaminada a atender actuaciones ligadas al ejercicio de los derechos de huelga, manifestación, reunión... No se entiende de otro modo su localización aquí.

b. Estamos ante una figura delictiva que corresponde con un delito de daños. Si se estima, discutiblemente, que hay que penarlo debería estar entre esos delitos.

IV. Relevante es que se elimina el actual art. 559, que protege el ejercicio de los derechos cívicos, como derecho de huelga, de reunión, de expresión, de manifestación, frente a perturbaciones del orden público encaminadas a impedir su ejercicio.

1. En un contexto de endurecimiento del castigo de las perturbaciones de orden público, es sintomático que se haya prescindido de este precepto orientado a tutelar el ejercicio de derechos fundamentales.

#### V. Mi propuesta:

1. Hay una clara intención de ampliar y endurecer la protección del orden público, con la idea puesta en situaciones sociales conflictivas como las actuales. Sin embargo, es injusto e ingenuo pretender resolver esa situación social con el derecho penal.

2. En delitos de atentado se han de eliminar conceptos vagos como el de agresión o acometimiento, y solo han de agravar las conductas comisivas que creen peligro para vida o integridad corporal grave.

La resistencia a quienes auxilian tiene que ir al ámbito de los desórdenes públicos, con penas inferiores a las ahora previstas, pues ya no se lesiona propiamente el bien jurídico del atentado.

Los acometimientos a bomberos, personal sanitario... en caso de emergencia, deben ir al Título IX del Libro II, entre los delitos de denegación de auxilio o socorro.

Hay que rebajar los límites máximos de pena, en especial para prevenir las penas tan elevadas de los tipos agravados.

3. En los desórdenes públicos el tipo básico ha de limitarse a actos de violencia sobre personas o cosas con fin y efecto de alteración de la paz pública. El tipo agravado ha de limitarse a casos de peligro concreto para vida o integridad personal grave y, todo lo más, de pillaje.

Han de desaparecer las previsiones legales de castigo de la incitación o del reforzamiento de la decisión. Debe bastar con un artículo que prevea el castigo de la provocación, conspiración y proposición, según las reglas generales.

Los tipos de interrupción de funcionamiento de servicios públicos y de movilización injustificada de servicios deben reconducirse, cuando proceda, a los delitos de daños. Las ocupaciones e invasiones deben tratarse como usurpaciones, bajo el régimen general.

4. Debe ser repuesto el delito de impedimento de ejercicio de derechos cívicos.

# 1. SUPRESIÓN DEL LIBRO III

## 1.1. Notas críticas sobre la conversión de las faltas en delitos en el Anteproyecto de Reforma de 2012

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal*

*Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal*

*Universitat Jaume I de Castellón*

---

### I. CRÍTICA A LA JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA

La finalidad de una Exposición de Motivos no es otra que, como su propio nombre indica, dejar manifiestas las causas que llevan al Legislador (en este caso todavía prelegislador) a adoptar determinadas decisiones en materia (en lo que a nosotros interesa en este momento) de Política Criminal. De ahí que, a la hora de analizar críticamente un texto legal, un modo tan válido como otro cualquiera de hacerlo sea comenzando por atender a las ideas en las que el Legislador sustenta su labor creadora del ordenamiento jurídico.

Partiendo de tal premisa procede, en consecuencia, echar un vistazo a los motivos que llevan al prelegislador a suprimir las faltas (lo cual por cierto, no termina de realizar). Motivos que, en la materia que nos ocupa, se encuentran contenidos en los numerales I y XXVIII.

Pues bien, la justificación que se ofrece en la Exposición de Motivos del Anteproyecto a la derogación del Libro III no es otra que la primacía de la “racionalización del uso público de justicia, para reducir el elevado número de litigiosidad que recae sobre Juzgados y Tribunales”. A dicha finalidad se adiciona la desproporción existente entre los bienes

jurídicos que protegen las faltas y la “inversión de tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento”.

Más concretamente se afirma, en el primero de los motivos enumerados, que “se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Título III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código como delitos leves. La reducción del número de faltas —delitos leves en la nueva regulación que se introduce— viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles.”

A ello se añade en el Motivo XXVIII que “[E]n la actualidad debe primarse la racionalización del uso del servicio público de Justicia, para reducir el elevado número de litigiosidad que recae sobre Juzgados y Tribunales, con medidas dirigidas a favorecer una respuesta judicial eficaz y ágil a los conflictos que pueden plantearse. Al tiempo, el Derecho Penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad.”

El prelegislador señala que ha apreciado “una cierta distorsión en la comparativa con el Derecho administrativo sancionador, que en muchos casos ofrece una respuesta sancionadora más contundente que la prevista en el Código Penal para conductas teóricamente más graves. De ahí que la reforma lleve a cabo una supresión definitiva del catálogo de faltas regulado en el Libro III del Código Penal, tipificando como delito leve aquellas infracciones que se estima necesario mantener”.

“Esta modificación [se nos dice] no supone necesariamente una agravación de las conductas ni de las penas actualmente aplicables a las faltas”.

Además de ello, se adiciona, la elevación a delito leve de las faltas que se mantienen en el texto punitivo no va a conllevar ningún efecto perjudicial añadido (consecuencias negativas no deseadas, según la Exposición de Motivos) para quién sea condenado, por cuanto el plazo de prescripción para los delitos leves se fija en un año, así como “se establece expresamente que la existencia de antecedentes penales por la comisión de delitos leves no impedirá que el Juez o Tribunal acuerde

la suspensión de posteriores condenas”. Como si esos fueran los únicos efectos negativos derivados del hecho de haber sido declarado responsable de la comisión de una infracción penal.

A mayor abundamiento, se señala que “en general se recurre a la imposición de penas de multa, que se estiman más adecuadas para sancionar infracciones de escasa entidad, y además con un amplio margen de apreciación para que el Juez o Tribunal pueda valorar la gravedad de la conducta. Se prescinde de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de la localización permanente cuando se trata de infracciones leves, por ser más gravosas para el condenado y por los problemas para llevar a efecto su ejecución”.

Por último, se dice: “[L]a reforma supone la derogación completa del Libro III del Código Penal, de forma que desaparece la infracción penal constitutiva de falta. Ello exige adecuar un gran número de artículos que hacen referencia a la dualidad “delito o falta”, simplemente para eliminar esa mención a las faltas penales”.

Sin embargo, cuando se analiza lo que se introduce en el texto articulado del Anteproyecto puede observarse que la reforma que se pretende no responde a la intención que se supone que la sustenta.

Así, la motivación económica que late de fondo en esta reforma, al menos en lo que a las faltas se refiere, resulta demasiado evidente como para ser obviada (máxime si se relaciona el presente Anteproyecto con las reformas que en Justicia se han llevado a cabo en el año 2012. Concretamente, en materia de tasas, así como la reforma de la LOPJ en lo que a los Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos se refiere). Esto, que podía resultar positivo (pues es cierto que muchas de las conductas tipificadas en la actualidad como faltas pueden recibir mejor tratamiento en otros órdenes jurisdiccionales) queda, sin embargo, desmentido por el contenido del articulado.

El propio prelegislador reconoce la motivación económica de esta reforma cuando afirma que su finalidad es la de disminuir la carga de trabajo de los Tribunales. Además, la pena prevista para las faltas convertidas en delitos es la de multa. Pena que, como es sabido, constituye un ingreso para el Estado, pues es éste el receptor de los importes a los que ascienden las mismas. En consecuencia, se cierra el círculo. No

sólo se disminuye (teóricamente al menos) el número de asuntos a dilucidar en sede penal, sino que además, aquellos que lleguen a condena supondrán la imposición de penas de multa, esto es, implicarán ingresos para el Estado. Sin embargo, si se analiza el número de faltas que han sido convertidas en delitos, puede observarse que de las treinta y nueve conductas tipificadas como faltas, sólo catorce son transformadas en atípicas, en tanto que las veinticinco restantes son trasladadas al Libro II del Código Penal. En consecuencia, la disminución de asuntos menores cuya resolución se encuentra adscrita al ámbito jurisdiccional penal no será tan relevante como el prelegislador anuncia, pues en realidad, únicamente poco menos de un tercio de tales conductas deja de revestir relevancia penal. Si además se tiene en cuenta que el impago de la pena de multa impuesta (penas, por cierto, que se han incrementado en abstracto al transformar las faltas en delitos leves) conlleva responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa o localización permanente (lo que implica un gasto para el Estado), y dada la situación de crisis económica en que nos encontramos, puede que el cálculo de ahorro que haya realizado el prelegislador no se adecúe a la realidad.

Si a ello se le añade que la gran mayoría de faltas (por no decir todas) son convertidas en delitos sin sufrir modificación alguna en su tipificación, no termina de entenderse la referencia a la desproporción entre el tiempo y los medios necesarios para el enjuiciamiento de las mismas y la entidad de los bienes jurídicos que se protegen, pues ninguna modificación (no sólo en las conductas, sino tampoco en los medios y tiempos previstos para su enjuiciamiento, a tenor de las Disposiciones Transitorias Cuarta y Quinta del Anteproyecto) se introduce en la reforma analizada. La reserva, por tanto, del Derecho penal para los conflictos de especial gravedad no pasa, ciertamente, por la vía adoptada en el presente Anteproyecto. Por consiguiente, la referencia al principio de intervención mínima no deja de ser una mera afirmación ayuna de modificación alguna que la respalde.

El segundo de los argumentos empleados por el prelegislador es el de la existencia de sanciones administrativas más graves que las penas previstas en el Código Penal actualmente vigente para las faltas. De ello se deduce que el sistema actual no es coherente (ya que la última ratio no es la más gravosa). Probablemente éste sea el motivo por el que, pese a lo

que se afirma en la Exposición de Motivos (la conversión de los delitos en faltas no supone necesariamente una agravación de las conductas ni de las sanciones previstas) se aumentan, sin excepción alguna, las penas previstas para las conductas, ahora constitutivas de falta (de delito en el futuro, si el texto de este Anteproyecto termina convirtiéndose en Ley Orgánica vigente) bien en su límite mínimo, bien en el máximo, o incluso en ambos al unísono.

Pero, pese a lo afirmado por el prelegislador, insistimos, la agravación de las consecuencias de dicha transformación no se limita al incremento de las penas previstas para las mismas. El plazo de prescripción de las faltas, por mucho que se limite a un año, es el doble del que está previsto en el actual apartado 2 del artículo 131 del Código Penal, en el cual se prevé un plazo de seis meses. De la misma forma, y aunque no se tengan en cuenta los antecedentes penales a efectos de acordar la suspensión y la sustitución de penas, parece olvidar el prelegislador que éste no es el único efecto derivado de contar con antecedentes penales, pues la vigencia de los mismos resulta relevante, no sólo en el ámbito penal (por ejemplo, a efectos de apreciación de la agravante de reincidencia) sino también fuera de él (como puede ser, sin ir más lejos, a efectos de poder acceder al concurso de una plaza de funcionario público). Y todo ello por no hacer referencia al hecho de que el impago de multa conlleva, a tenor del artículo 53 del Código Penal, la imposición de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa o localización permanente. Ambas, como es de sobra sabido, penas privativas de libertad. Efecto éste que no resulta predicable del incumplimiento de una sanción administrativa. Tampoco en esto puede, por tanto, decirse que el prelegislador cumpla con lo que anuncia que va a hacer.

Llegados a este punto procede plantearse cuál ha sido el criterio a la hora de decidir qué faltas debían convertirse en delito y cuáles desaparecer del ámbito punitivo, pues ciertamente, a la vista de la selección realizada, resulta extremadamente difícil encontrar racionalidad en la decisión adoptada por el prelegislador.

Así, de entre los cuatro grupos de faltas actualmente contenidos en el Código Penal (contra las personas, contra el patrimonio, contra los intereses generales y contra el orden público) las que mayor índice de exclusión del ámbito punitivo han sufrido, en proporción, son las pri-

meras, esto es, las faltas contra las personas. Llama poderosamente la atención que haya sido excluida del ámbito punitivo, dada la gravedad de los resultados provocados, la falta de lesiones por imprudencia grave y la de muerte por imprudencia leve, sobre la base de que la sanción civil por responsabilidad extracontractual es suficiente para solucionar tales supuestos. Si a ello se contraponen, por ejemplo, la conversión en delito de las conductas consistentes en dejar sueltos animales feroces, por el riesgo que ello puede generar para la vida e integridad física de las personas, no parece que pueda afirmarse que se esté siguiendo por el prelegislador una Política Criminal coherente, por cuanto agrava las consecuencias derivadas de la generación de un peligro abstracto para dichos bienes jurídicos y reconduce a la vía civil la causación del resultado cuando el mismo ha sido producido por imprudencia leve. Si a todo lo anterior se añaden las dificultades probatorias que pueden surgir en el proceso civil, junto con las elevadas costas a las que habría de hacerse frente para el caso de que finalmente no prosperara la demanda civil interpuesta, el efecto disuasorio para la solicitud de responsabilidad extracontractual resulta patente. En efecto, la apertura de unas diligencias previas conlleva la instrucción de una causa penal, lo que implica que es el Juez instructor el que, mediante el uso de cuántas diligencias de investigación estime oportunas, averigua qué ha ocurrido. Para el caso de que como consecuencia de dicha instrucción se llegara a la conclusión de inexistencia de responsabilidad penal, la parte podrá hacer uso de la información obtenida en la causa penal en la vía civil pudiendo, en consecuencia, fundamentar con mayor precisión su demanda civil. Por el contrario, llevando todo a vía civil los medios probatorios se limitan a aquellos que las partes puedan aportar por sí mismas, con lo que podría, como decimos, generarse un cierre de vía judicial en supuestos en los resultados producidos son innegablemente graves. No puede olvidarse que la justicia gratuita no cubre a todo ciudadano, y no todo ciudadano que no pueda disfrutar de tal servicio dispone de recursos para poder instar la actuación judicial.

Si además se atiende a las dificultades existentes a la hora de definir la delimitación entre la imprudencia grave y la imprudencia leve, la atipicidad de dicha conducta conllevará, muy probablemente, la ampliación de los márgenes de la imprudencia grave para posibilitar,

precisamente, la investigación de supuestos en los que haya tenido lugar la muerte de alguna persona.

De la misma forma, los maltratos de obra no constitutivos de lesión se elevan a su vez a la categoría de delito, a pesar de que se atribuye en tales casos relevancia a la voluntad de iniciar el procedimiento del sujeto pasivo (no otra cosa conlleva la exigencia de la denuncia por parte del afectado para poder proceder por tales actos). De todo ello se deriva que, ciertamente, resulta complicado encontrar una razón lógica que justifique la selección de las faltas elevadas a la categoría de delito. En consecuencia, no puede compartirse el listado de faltas que se han elevado a la categoría de delito leve.

## II. CRÍTICA A LA TÉCNICA LEGISLATIVA EMPLEADA EN LA TIPIFICACIÓN DE DETERMINADAS CONDUCTAS

Como se ha señalado, la gran mayoría de las conductas que han visto modificada su calificación de falta a delito leve (menos grave en realidad) no han sufrido variación alguna. Sin embargo, no ha ocurrido lo mismo en las conductas atentatorias contra el patrimonio. En ellas la fórmula generalmente empleada por el prelegislador reviste la siguiente estructura: Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la cantidad objeto de la conducta fuera superior a 1.000 euros.

En las propuestas de enmiendas se ha abogado por la destipificación de muchas de estas conductas por considerar que existen vías alternativas para ponerles remedio. Sin embargo, para el caso de que se decidiera que deben mantenerse en el ámbito punitivo, al menos, la técnica legislativa empleada para ello debería mejorarse.

El término “escasa gravedad” conlleva una mayor discrecionalidad judicial al ser un término valorativo que, sin lugar a dudas, dará lugar a disparidad de criterios. Ello unido a la imposibilidad de recurso de casación, e inexistiendo el recurso de unificación de doctrina, va a extender a todas aquellas figuras delictivas en las que se ha introducido el subtipo atenuado (o delito leve) una situación de inseguridad jurídica (o, al me-

nos de diferente trato, con lo que eso supone respecto del principio de igualdad) equivalente al actualmente existente en relación a los delitos de venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial. Un efecto en absoluto deseable.

En relación al “escaso valor”, lo único que queda claro es que no podrá ser considerado como tal aquel que sea superior a 1.000 euros, lo cual implica que hasta ese importe puede ser tratado como un delito leve, debiendo imponerse en dicho caso la pena de multa prevista para el mismo. Sin embargo, nada impide no aplicar el delito leve a supuestos en los que el valor de lo sustraído o de lo apropiado sea inferior a dicho importe y superior a los 400 euros que venían fijados para la delimitación entre delito y falta. Aunque ello no resulte ventaja alguna (aún en ese caso las consecuencias resultan más gravosas que en el texto punitivo actualmente vigente), ciertamente permite un mayor ajuste de los Jueces y Magistrados a las circunstancias del supuesto. Sin embargo, para que fuera del todo así, sería necesario establecer unos límites mínimos penológicos que permitieran ajustar las consecuencias a los supuestos, no ya de escasa gravedad, sino de ínfima gravedad, lo cual no resultará posible con las penas mínimas de multa fijadas por el prelegislador en muchos casos. A ello debe añadirse que, tal y como señaló en la mesa en la que se trató esta ponencia el Prof. TERRADILLOS BASOCO, debería eliminarse la limitación que imposibilita considerar como delitos menos graves los supuestos en los que la cantidad objeto de la conducta fuera superior a 1.000 euros. Pues puede ocurrir que, precisamente por la situación económica de la víctima, cantidades superiores a dicho importe puedan suponer, en algún caso concreto, un supuesto de escasa gravedad. Si se pretende otorgar libertad a los Jueces y Tribunales para que ajusten la respuesta punitiva a las circunstancias del supuesto, no se explica por qué se limita dicha discrecionalidad.

Pese a todo lo anterior, consideramos que debería buscarse un término más objetivo que permitiera delimitar cuándo resulta aplicable el delito leve.

### III. CRÍTICA A LAS PENAS PREVISTAS

Aunque esta cuestión ya ha sido tratada con anterioridad, la materia merece una mención específica. Se alude igualmente en la Exposición de Motivos a la eliminación de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente, justificando el recurso a la multa en las dificultades de ejecución de aquellas. No obstante, hay faltas convertidas en delitos leves para las que se sigue estableciendo dichas penas privativas de libertad (tales como los delitos contra la propiedad intelectual y la propiedad industrial) así como se siguen manteniendo en otras conductas que ya son consideradas delictivas en el Código Penal actualmente vigente. Como decíamos, la sospecha de la finalidad recaudatoria resulta demasiado evidente como para poder obviarla.

Debe tenerse en cuenta además, que el Anteproyecto mantiene la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Teniendo en cuenta la ampliación de los límites abstractos establecidos para las penas de multa, no deja de plantearse la posibilidad (ya no tan remota) de la conversión en pena privativa de libertad para el caso de impago. Y si bien dicho incremento punitivo se justifica en el hecho de que para algunas de tales conductas se prevén sanciones administrativas más graves que las recogidas en el actual texto punitivo (sin decir cuáles de ellas ni en cuánto excede la sanción administrativa a la penal) no puede dejar de observarse que el impago de una sanción pecuniaria de carácter administrativo puede conllevar el embargo de bienes, pero nunca una pena privativa de libertad.

### IV. CONCLUSIONES

En atención a las anteriores consideraciones puede concluirse que la reforma que se pretende en materia de faltas, dejando de lado los problemas de técnica legislativa, no constituye sino, pese a lo dicho por el prelegislador, un paso más en la Política Criminal de ampliación de conductas típicas y de agravación de las consecuencias previstas para las mismas a la que es tan proclive nuestro Legislador. Reforma que, por otro lado, no puede decirse, habida cuenta la falta de criterio con la que

se ha llevado a cabo, que venga precedida de un estudio sosegado acerca de qué conductas pueden (y merecen) una respuesta de carácter punitivo y cuáles de ellas deben ser resueltas fuera del orden jurisdiccional penal. Así, la mesa en que se debatió esta ponencia conformó, previa propuesta del Prof. DÍEZ RIPOLLÉS que, ciertamente, la mejor vía para establecer un sistema coherente en relación a las faltas pasa por la elaboración de un Derecho contravencional en el que se incluyeran, no sólo las conductas más graves de entre las previstas en las faltas, sino también aquellas que se encuentran en el ámbito administrativo para las cuales dicho ámbito normativo no resulta del todo satisfactorio. Un Derecho contravencional en el que no fuera posible imponer penas privativas de libertad y que estuviera fuera del ámbito penal. Sin embargo, la comisión es consciente de que la elaboración de ese Derecho contravencional conlleva un esfuerzo que el prelegislador no parece dispuesto a asumir (tal y como pone de manifiesto, de hecho, el tenor de la reforma presentada). En consecuencia, y sabedores de que dicha propuesta será inatendida por el prelegislador, se ha optado por realizar propuestas de reforma o supresión a las concretas reformas que se contienen en el Anteproyecto, en la vana esperanza de que las mismas serán, si no atendidas, al menos si conocidas, para que nunca pueda decirse en el futuro que cuando el Legislador actuaba recortando libertades hasta límites insospechados, el resto permanecíamos impasibles.

## 1.2. Delitos y penas leves: Art. 13 CP

**ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS**

*Catedrática de Derecho Penal*

*Universidad de Granada*

**MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN**

*Profesora Contratada Doctora*

*Universidad de Oviedo*

---

### *ART. 13 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 13*

*“1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.*

*2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.*

*3. Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve.*

*4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave”.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 13*

*Décimo. Se modifica el artículo 13, que tendrá la siguiente redacción:*

*“1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.*

*2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.*

*3. Son delitos leves las infracciones que la Ley castiga con pena leve.*

*4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

#### Art. 13

- 1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.*
- 2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.*
- 3. Son delitos leves las infracciones que la Ley castiga con pena leve.*
- 4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como menos grave.*
- 5. Cuando la pena, por su naturaleza, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números o en los números 2 y 3 de este artículo, el delito será definido con arreglo a la pena de mayor gravedad.*

### IV. MOTIVACIÓN

El Anteproyecto introduce un cambio en la denominación de las infracciones leves y, además, establece un criterio definidor de los delitos leves para aquellos casos en los que la pena, por su extensión, pudiera considerarse como leve y como menos grave, entendiendo que el hecho debe ser calificado como leve. Sin embargo, a nuestro juicio, el criterio por el que el prelegislador opta no es el más adecuado. En primer lugar, su propuesta rompe con el criterio seguido para definir la pena en aquellos casos en los que por su extensión podría ser grave y menos grave; un criterio más lógico que atiende a la absorción de la pena más grave por la de menor gravedad. En segundo lugar, y en atención a algunos marcos penales de nuevas penas típicas, la aplicación del criterio establecido en el Anteproyecto puede conducir a que un delito leve sea castigado finalmente con una pena menos grave, siendo esta última además la que condiciona, de acuerdo con el artículo 133 del CP, la prescripción de la pena. En este orden de cosas, el criterio asumido por el Anteproyecto, se revela del todo inapropiado.

También sigue sin pronunciarse la norma sobre la gravedad del delito cuando su pena típica es una pena grave o menos grave en alternativa con una pena menos grave o leve respectivamente. Esta situación se pro-

duce, por ejemplo, en el proyectado artículo 147.2 castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de uno a doce meses, esto es, con una pena menos grave o una pena leve. Transitoriamente este supuesto concreto tiene una solución en la citada disposición transitoria cuarta, pero habría que articular una norma general que resolviese el problema. A este fin responde nuestra sugerencia de añadir un nuevo apartado 4 al artículo 13.

## V. CONSIDERACIONES

La supresión del Libro III relativo a las faltas es un aspecto positivo de la reforma. Sin embargo, se ha realizado una “falsa eliminación” porque algunas infracciones constitutivas de falta no desaparecen sino que se transforman en delito, en el denominado “delito leve” (por ejemplo los artículos 147.3; 171.7; 172.3; 234.2 CP), y además se les asigna una pena mayor que cuando esa misma conducta era calificada de falta (sólo a título de ejemplo, en el anteproyecto los artículos 171.7 y 172.3 prevén penas de multa de uno a tres meses, mientras que la actual falta del artículo 620 CP tiene asignada una pena de multa de diez a veinte días). De ahí, que al margen del debate de la necesidad de excluir del Código Penal las denominadas bagatelas, atendiendo al principio de intervención mínima, consideramos que algunas conductas podrían mantenerse, siempre que se realice un adecuado ajuste entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena (por ejemplo en el anteproyecto se modifica el artículo 234.2 para los hurtos de hasta 1000 euros). No obstante, sería recomendable que el prelegislador reflexionase sobre la posibilidad de crear un auténtico derecho contravencional.

Obsérvese, por otra parte, que el Anteproyecto, más allá de lo dispuesto en su Disposición Transitoria Cuarta, referido sólo a determinados delitos leves, no tiene presente las consecuencias que la supresión de las faltas y la creación de una nueva infracción penal, denominada delito leve, tiene en el ámbito procesal. Así, por ejemplo, la prohibición de la detención de la persona por la comisión de faltas que se establece en el artículo 495 de la Ley de enjuiciamiento criminal no resulta, a la luz del Anteproyecto aplicable a los delitos leves, siendo evidente que la menor

gravedad de este tipo de infracción penal no puede conducir a la restricción de un derecho fundamental como es la libertad. Es imperioso, consiguientemente, que la reforma del Código penal se coordine con la Ley de enjuiciamiento criminal.

# 1.3. Penas leves: Art. 33 CP

ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS

*Catedrática de Derecho Penal*

*Universidad de Granada*

MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN

*Profesora Contratada Doctora*

*Universidad de Oviedo*

---

## *ART. 33 del Anteproyecto*

### I. TEXTO VIGENTE

Art. 33:

*“1. En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves.*

*2. Son penas graves:*

- a. La prisión superior a cinco años.*
- b. La inhabilitación absoluta.*
- c. Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.*
- d. La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.*
- e. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.*
- f. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.*
- g. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.*
- h. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.*
- i. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.*

*j. La privación de la patria potestad.*

*3. Son penas menos graves:*

- a. La prisión de tres meses hasta cinco años.*
- b. Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años.*
- c. La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.*

d. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años.

e. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años.

f. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.

g. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.

h. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.

i. La multa de más de dos meses.

j. La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo.

k. Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días.

l. La localización permanente de tres meses y un día a seis meses.

m. La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, cualquiera que sea su duración.

4. Son penas leves:

a. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.

b. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.

c. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.

d. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.

e. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.

f. La multa de 10 días a dos meses.

g. La localización permanente de un día a tres meses.

h. Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.

5. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya.

6. Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código.

7. *Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:*

a. *Multa por cuotas o proporcional.*

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 33

*Décimo noveno. Se modifica el apartado 4 del artículo 33, que queda redactado como sigue:*

*“4. Son penas leves:*

*a. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.*

*b. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.*

*c. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.*

*d. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.*

*e. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.*

*f. La multa inferior a dos meses”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*“4. Son penas leves:*

*a. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.*

*b. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.*

*c. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.*

*d. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.*

*e. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.*

*f. La multa hasta dos meses.*

*g. La localización permanente de un día a tres meses.*

*h. Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días”.*

#### IV. MOTIVACIÓN

Las modificaciones que pretende operar el Anteproyecto en el artículo 33.4 guardan relación con el replanteamiento que en el mismo se hace de las infracciones penales leves, esto es, de las faltas, que en su mayor parte pasarían a configurarse como delitos, delitos leves, y a castigarse con mayor pena.

Tal parece, que el prelegislador considera que un delito leve no puede ser objeto de sanción a través de una pena leve, si ésta es la pena de localización permanente o la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, exigiendo a su vez un mínimo de duración a la pena de días-multa, que concreta, a lo largo de los tipos penales, en un mes. Pero no tiene presente el hecho de que independientemente de que se denomine a la conducta típica delito leve o falta el contenido de injusto de la misma no se ha alterado, pudiéndose suscitar algún problema relacionado con el principio de proporcionalidad de las penas. Asimismo lejos de potenciar el uso de las penas alternativas a la prisión como son los trabajos en beneficio de la comunidad y la localización permanente, basa la respuesta penal principalmente en la pena de días-multa, sin tener en cuenta que la insolvencia del condenado a la pena de multa determina que ésta sea reemplazada por la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. A nuestro juicio la materialización del principio de última *ratio* de la privación de libertad, sobre el que de forma constante se insiste no sólo en la doctrina sino también en organismos internacionales como Naciones Unidas o el Consejo de Europa, requiere del mantenimiento de las penas leves de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente y de explotar sus posibilidades como penas principales.

Con independencia de la razón de política criminal que esgrimíamos para el mantenimiento de las citadas penas, el propio articulado del Código penal, tal y como se proyecta por el prelegislador, aconseja que ambas se mantengan en el catálogo de penas. Ello es debido a que existen otras instituciones, como la prescripción de la pena, que toman como referencia la gravedad de la pena impuesta; lo mismo sucede en el presente con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, aunque no será así si se aprueba la reforma en los términos del Anteproyecto.

La forma en la que el prelegislador define a la pena leve de días-multa con motivo del establecimiento de un nuevo límite mínimo a su duración, cifrado en un mes, produce una descoordinación entre la extensión de la pena menos grave de días multa y de la pena leve de días multa, quedando sin definir la gravedad de la pena de días-multa de dos meses de duración. Nuestra propuesta está encaminada, en este punto, simplemente a subsanar esa deficiencia, y a tal fin, proponemos el criterio actual, esto es, que pena leve de días multa sea aquella de duración hasta los dos meses y que pena menos grave de días multa sea aquella cuya duración es superior a los dos meses.

# 1.4. Homicidio por imprudencia leve

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

---

## I. TEXTO VIGENTE

*Artículo 142*

*“1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.*

*2. Cuando el homicidio imprudente sea cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de uno a seis años.*

*3. Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.”*

*Art. 621*

*“2. Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Disposición Derogatoria Única:*

*“1. Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

*2. Se derogan los artículos 89, 295, 299, 552, 555 y el número 2 del artículo 607 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

*3. Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en esta Ley Orgánica”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De adición:*

*Introducir un apartado 4 en el artículo 142 con la siguiente redacción:*

*“El que por imprudencia leve causare la muerte de otra persona, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses”.*

### IV. MOTIVACIÓN

El resultado desvalorizado en la falta cuya derogación se pretende (muerte de una persona) constituye el más grave de cuantos se encuentran recogidos entre las faltas en el Código Penal actualmente vigente. Derivar a la vía civil la causación de un resultado muerte no resulta adecuado por la obligación de aportar prueba para la parte que rige en el proceso civil. Obligación que opera también en el proceso penal, con la diferencia de que en este último es el Juez de Instrucción el que investiga y el que determina qué diligencias de investigación deben llevarse a cabo y quién debe hacerlo, supliendo con ello las dificultades de prueba que pueden presentársele a las partes. A ello debe añadirse también el efecto disuasorio que puede suponer la posibilidad del pago de tasas judiciales derivadas de un proceso civil, para el caso de que la pretensión del demandante (familiar del fallecido) no sea estimada.

Además de no ser correcta dicha decisión, no es sistemáticamente coherente, por cuanto el Anteproyecto eleva a delito la conducta consistente en la suelta de animales feroces o dañinos, sobre la justificación del riesgo que tal conducta genera para la vida y la integridad física de las personas. Carece de toda lógica que se eleve a delito una conducta de peligro abstracto y se elimine del Código Penal una conducta de resultado en relación al mismo bien jurídico.

## 1.5. Faltas de lesiones

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

---

### *ART. 147 del Anteproyecto (Delito de lesiones)*

#### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 147. Delito de lesiones*

*“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.*

*Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código.*

*2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.”*

*Art. 617:*

*“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causara a otro una lesión no definida como delito en este Código será castigado con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses.*

*2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 147

*“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años.*

*2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de uno a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.*

*3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.*

*4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De modificación del apartado segundo:*

Art. 147

*“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años.*

*2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de localización permanente de seis a doce días o multa de uno a dos meses, cuando no haya requerido para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.*

*3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.*

*4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”*

## IV. MOTIVACIÓN

Los términos valorativos empleados por el prelegislador conllevarán que nuevamente deba determinarse el contenido de los mismos. Labor que ya está realizada en relación al concepto de “tratamiento médico o

quirúrgico”, “seguimiento médico” y “primera asistencia facultativa”. No se comparte, en consecuencia, la necesidad de abandonar todo el *iter* jurisprudencial y dogmático elaborado en relación a dicha cuestión para comenzar de nuevo.

En el ámbito punitivo la conversión de la falta en delito leve requiere, en primer lugar, que las penas previstas sean penas leves y no penas menos graves, como ocurre en el Anteproyecto. Además, la poca importancia que las lesiones constitutivas de falta pueden revestir requiere que las penas puedan ser proporcionadas a las mismas, motivo por el que se propone mantener las que están previstas en el Código Penal actual, actualmente vigente en su artículo 617.1.

## 1.6. Faltas de lesiones

**ANA GALDEANO SANTAMARÍA**

Fiscal. Profesora Asociada de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid

---

### *ART. 147 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 147

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 147

1. El que, por cualquier medio procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de un mes a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 147

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de dos a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

Cuando la lesión requiera para su sanidad solo una primera asistencia facultativa se impondrá siempre la pena de multa inferior a dos meses.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa inferior a un mes.

4. Los delitos previstos en el apartado anterior y en el apartado segundo, cuando el resultado lesivo no requiera más de una primera asistencia médica, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo en los supuestos previstos en el artículo 153 de este Código.

Cuando la víctima sea menor de edad, o persona con discapacidad, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.

### IV. MOTIVACIÓN

1º Acudir al arbitrio judicial para determinar la naturaleza de las lesiones (menos graves y leves), atenta contra los principios de seguridad jurídica, taxatividad y, por ende, de legalidad.

Tal y como se configura este artículo, el arbitrio judicial no se aplicará para determinar la pena sino para fijar la naturaleza del delito; sin embargo, se trata ésta de una facultad que corresponde exclusivamente al Legislador y no al Juez, en aplicación del principio de reserva de Ley.

2º El artículo 147.2, redactado como un subtipo y con carácter excepcional (“no obstante...”), resultará ser en la práctica el tipo de aplicación genérica. Ahora, además de los excepcionales supuestos del actual 147.2, se incluyen todas las faltas de lesiones con resultado lesivo (las actuales faltas del art. 617.1) y todos los casos que el arbitrio judicial considere que debe encuadrarse en este subtipo y no en el artículo 147.1.

3º La consideración del artículo 147.2 como delito leve, exige que sea enjuiciado en un Juicio de Faltas a pesar de comprender la pena por este delito un tramo que corresponde a penas menos graves y otro a penas leves (de seis meses de prisión a un mes de multa). Así lo dispone la Disposición Transitoria Cuarta: “Del mismo modo, la instrucción y enjuiciamiento de dichos delitos leves (expresamente se menciona el art. 147.2) se sustanciarán conforme el procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, *cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario*”. El enjuiciamiento por este procedimiento plantea muchos problemas de legalidad ordinaria así como constitucionales:

a) ¿Quién va adaptar el procedimiento de faltas al Código Penal?, y ¿cómo se va a adaptar?; se trata de cuestiones que, dependiendo de la respuesta que se le dé, pueden afectar directamente al principio de legalidad.

b) El Juicio de Faltas puede celebrarse sin Letrado. La imposición de penas de prisión hasta de 6 meses, en sentencias precedidas de procedimientos donde el penado no ha tenido asistencia letrada, ataca directamente el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24 de la CE.

c) El Juicio de Faltas se caracteriza por la ausencia de instrucción o una mínima instrucción. Los múltiples supuestos que ahora se reconducen al art. 147.2 (pues no estamos hablando ahora de las actuales faltas del 617.1, sino también de los actuales delitos del 147.2 y de todos aquellos que en el futuro considere el arbitrio judicial que han de encajar en la tipología), exigen en la actualidad instrucción. Muchas de ellas largas y complicadas. Todos estos supuestos darán lugar a la recusación o la abstención del Juez Instructor, al amparo del art. 219.11ª de la LOPJ. El Juez que instruye no puede enjuiciar, máxime si la pena a imponer es de prisión de hasta 6 meses. Actualmente un Juez de instrucción solo pue-

de imponer penas privativas de libertad consistentes en la localización permanente, nunca prisión.

4º Circunscribir la exigencia de la previa denuncia a todos los supuestos de lesiones del artículo 147.2 es desproporcionado e injustificado, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido es la integridad corporal. Sería aconsejable que no se extendiera más allá de los actuales supuestos de falta del art. 617.1 y 2.

5º Es necesario dejar claro que las lesiones que integran el elemento objetivo del artículo 153 del Código, nunca exigirán denuncia previa.

6º Cuando la víctima sea menor de edad o se trate de persona con discapacidad, bastará con la denuncia del Ministerio Fiscal aun en los casos en que se exija denuncia previa.

El texto alternativo propuesto resuelve todos estos problemas.

## V. JUSTIFICACIÓN

### ***V.1. Insuficiencia del criterio delimitador entre lesiones menos graves y lesiones leves. La utilización del arbitrio judicial para determinar la naturaleza jurídica de un delito***

En la Exposición de Motivos, en relación con la supresión de las faltas contra las personas recogidas en el Título Primero, Libro Tercero del Código Penal se expone: “*que en su mayoría se trata de conductas tipificadas como delitos que pueden incluirse en cada uno de ellos como su tipo atenuado aplicable a los supuestos en los que las circunstancias del hecho evidencien una menor gravedad.*”

*Así, desaparecen las faltas de lesiones y con ello el problema de la distinción delito-falta por la necesidad del tratamiento médico quirúrgico. Las lesiones de menor gravedad en atención al medio empleado Y (obsérvese que en el texto del artículo se utiliza la conjunción o) el resultado producido, se van a sancionar en el subtipo atenuado del 147.2, aumentando el margen de apreciación para la imposición de la pena de tal forma que sea el juez o tribunal el que fije y gradúe la pena en función de la concreta gravedad. Se*

***tipifica como delito leve “el que golpear a un maltratado de obra a otro sin causarle lesión”, esto es la falta del actual artículo 617.2, que se agrava en el caso de víctimas vulnerables por el artículo 153, al igual que las lesiones leves del título 147.2.***

*En atención a la escasa gravedad de las lesiones y de los maltratos de obra, sólo van a ser perseguibles “mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”. Con ello se evita la situación actual, en la que un simple parte médico de lesiones de escasa inquietud obliga al juez de instrucción a iniciar todo un proceso judicial y a citar al lesionado para que acuda obligatoriamente al juzgado a fin de hacerle el ofrecimiento de acciones como perjudicado, con los inconvenientes que ello le ocasiona. Parece más adecuado que sólo se actúe cuando el perjudicado interponga denuncia<sup>3</sup>.*

**Objeciones:** Una correcta técnica legislativa consiste en que el Legislador otorgue al Juez la discrecionalidad suficiente en la respuesta punitiva al caso concreto, es decir, en la individualización y la determinación concreta de la pena en el caso enjuiciado. Técnica que utilizó el Legislador anterior cuando expresó que el Juez puede moderar la pena, en los resultados lesivos constitutivos de delito, atendiendo a la menor gravedad del hecho, al medio empleado o al resultado producido, pero dentro unos márgenes claros y delimitados entre lo que era delito y una simple infracción leve.

Ahora, el Anteproyecto pretende que esa ingente cantidad de supuestos que se tramitaban como faltas de lesiones, pasen a ser delitos leves (las actuales faltas de art. 617.1) y que convivan con los supuestos que, hasta ahora, son delitos menos graves, a los que el Legislador permite que el arbitrio judicial modere su pena en atención al menor resultado producido, los medios empleados, o la menor gravedad del hecho (el actual art. 147.2). Asimismo, el Anteproyecto solo modifica el párrafo segundo del artículo 147 en la pena de multa a imponer, que la rebaja de seis meses a un mes, reproduciéndose literalmente el anterior párrafo coma por coma. Así, lo que antes era un delito menos grave pasa a ser un delito leve, y lo hace convivir con infracciones que agrava al pasar la falta a delito. Por ello, lo que antiguamente resultaba ser una excepción, y así era redactada (“No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior...”), ahora, con la reforma, va a constituir el supuesto general de mayor aplicación.

Además se desnaturaliza el delito de lesiones, pues lo que el actual Código permitía al arbitrio judicial era imponer penas más leves según la menor gravedad, los medios empleados o el menor resultado causado. Pero partiendo de unos márgenes muy claros de lo que era delito de lesiones. Ahora el Juez determinará si la lesión ha de constituir un delito menos grave o leve, es decir determinará la naturaleza del delito. El Legislador deja al arbitrio judicial incluso la determinación de la naturaleza de la lesión.

En la Exposición de Motivos se dice: *“Así, desaparecen las faltas de lesiones y con ello el problema de la distinción delito-falta por la necesidad del tratamiento médico quirúrgico”*

En las anteriores reformas el Legislador utilizó diversos criterios para distinguir el delito de la falta de lesiones y, por tanto, la gravedad de un resultado lesivo. Inicialmente se utilizaban criterios cuantitativos: número de días de curación y de impedimento. Posteriormente se introduce un criterio objetivo de naturaleza médica, estableciendo, hasta el momento actual, la diferenciación de la gravedad del resultado lesivo y por tanto su consideración como delito o falta, en la necesidad de que la lesión requiriera objetivamente, además de la primera asistencia, de un tratamiento médico y/o quirúrgico. Es cierto que en sus orígenes sí que fue necesario que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo complementara estos conceptos jurídicos que utilizó el Legislador.

En concreto en dos aspectos:

El primero, qué había de entenderse por tratamiento médico. En especial si lo son algunas inmovilizaciones (collarín, escayola, férula...) o la prescripción de reposo.

El segundo, si los puntos de sutura habían de ser entendidos como tratamiento quirúrgico, pues una gran parte de los médicos forenses en España consideraban que la aplicación y retirada de los puntos de sutura sólo constituía una primera asistencia.

Desde hace ya muchos años existe una firme y consolidada Jurisprudencia del Tribunal Supremo que define con toda claridad qué es la primera asistencia médica, qué ha de entenderse por tratamiento médico o por tratamiento quirúrgico, además de una numerosa casuística al respecto. Doctrina jurisprudencial que ha acogido la llamada Jurispru-

dencia menor. Hoy en día no existe ningún problema para poder determinar lo que es un tratamiento médico, a la vista de la descripción de actos médicos que se han realizado al lesionado, los cuales se reflejan en el informe forense. Tampoco hay la menor duda de encontrarnos ante un supuesto delito, y no de falta, si se han tenido que aplicar un número determinado de puntos de sutura quirúrgica a una persona. Todo ello sin perjuicio de que, en atención a la importancia de la herida o los medios empleados, el juzgador hiciera uso de la facultad discrecional que le confiere el párrafo segundo del artículo 147.2. Puede decirse así que la seguridad jurídica existe en la actualidad.

Con la reforma que plantea el Anteproyecto, no hay ningún criterio objetivo, ni cuantitativo, ni médico, que nos permita establecer si una lesión pertenece al apartado primero o al segundo. Todo queda al arbitrio judicial. Ello conlleva, irremediablemente, a una gran inseguridad jurídica, además de vulnerar el principio de taxatividad y el de reserva de Ley. Principios que son, como todos sabemos, manifestación directa del Principio de Legalidad.

La lógica y el sentido común harían pensar que deberían de persistir los criterios ya fijados por la Jurisprudencia, y que las calificaciones jurídicas seguirían siendo las mismas. Pero la experiencia nos demuestra hasta la saciedad que la confianza extrema en el arbitrio judicial, sólo produce sentencias absolutamente dispares ante supuestos semejantes o iguales, dependiendo del órgano judicial del que emane. En muy poco tiempo, muchos jueces introducirán nuevos criterios y opiniones personales para determinar si estamos ante el primero o el segundo párrafo, generando una total inseguridad jurídica. Tal desigualdad evidenciará una ausencia total, ya no solo de la justicia material sino también de la justicia formal, en un delito, que es el rey numéricamente hablando, entre las infracciones contra las personas: estamos hablando de cientos de sentencias al año.

España tiene la suficiente experiencia legislativa para que tenga que renunciar a un criterio descriptivo y valorativo-objetivo. El Legislador tiene que describir. Genéricamente, pero describir. Y en este caso concreto, si no se quiere fijar un criterio objetivo nuevo, ya existe el criterio descriptivo objetivo necesario en la legislación hoy vigente.

Dentro de muy poco, una agresión que ha producido una lesión suturada con cinco o diez puntos de hilo de seda, para un órgano judicial será delito del párrafo primero del artículo 147 y, para otro, del párrafo segundo. Lo mismo podremos comprobar en lesiones con fracturas que requieran escayola u otras técnicas médicas de inmovilización, e igualmente no se harán diferencias si la fractura de huesos propios de la nariz requirió tratamiento de reducción o no; incluso, otros actos de cirugía menor, sin demasiada motivación, pasarán *per se*, a ser constitutivos de una infracción del segundo párrafo.

Estas interpretaciones podrán ser tanto a favor como en contra de reo.

Si analizamos escrupulosamente la Exposición de Motivos, el espíritu del Legislador que se infiere, es el de endurecer y ser más punitivo en el ámbito de las lesiones.

Lo que ya hace muchísimos años era tradicionalmente una falta del art. 617.1 del CP, con este Legislador pasará a ser un delito leve, al que se le puede imponer una pena menos grave de hasta seis meses de prisión. A diferencia de lo que ha ocurrido con el resto de faltas, que han pasado a ser delitos leves con imposición de penas exclusivamente leves.

Finalmente, como última reflexión, manifestar que casos en los que actualmente no hay duda que serían calificados como faltas del art. 617.1 del CP, pueden, con la reforma que propone el Anteproyecto, pasar a ser calificados y penados no como delitos leves del art. 147.2, sino como delitos menos graves del art. 147.1. Pensemos en lesiones que han sido producidas con una navaja, un cuchillo o incluso un arma de fuego, que, por la pericia de la víctima o por la impericia del agresor, han requerido solo una primera asistencia. Actualmente solo podrían calificarse como falta del art. 617.1 del CP.

Por ello, se propone restablecer el criterio objetivo vigente adaptándolo a la supresión de las faltas y su transformación en delitos leves.

## V.2. La denuncia como requisito de perseguibilidad

### V.2.a) La denuncia como requisito de perseguibilidad en todos los supuestos del artículo 147.2

*Objeción:* La nueva reforma simplifica la categoría de los hechos delictivos y, así, todo atentado contra la integridad corporal que produzca un resultado lesivo, por muy mínimo que sea el mismo (un simple hematoma, una escoriación, arañazos...), pasa a ser delitos. Delito menos grave, si el arbitrio judicial concluye que encaja en el art. 147.1, o delito leve si lo estima típico en relación al 147.2.

La Exposición de Motivos declara de manera precisa que sólo tendrá la consideración de delito leve la previsión del actual artículo 617.2, es decir, el maltrato de obra sin causar ninguna lesión.

Solamente estudiando todo el articulado podremos concluir, también, que el art. 147.2 tiene la consideración de delito leve, y ello por los siguientes argumentos:

a) Porque de acuerdo con el art. 33.4 del Anteproyecto cuando la pena a imponer, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, entonces el delito se considerará, en todo caso, como leve.

b) Porque de acuerdo con la Disposición Transitoria Cuarta: “Mientras no entre en vigor la nueva ley de Enjuiciamiento Criminal, **los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente ley y tipificados en el artículo 147.2 y 147.3** tendrán la consideración de faltas penales a los efectos de la aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

c) En la Exposición de Motivos se expresa: “**Se tipifica como delito leve el que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, esto es, la falta del actual artículo 617.2, que se agrava en el caso de víctimas vulnerables por el artículo 153, al igual que las lesiones leves del título 147.2**”.

La agilización del sistema que propugna el Anteproyecto, en los casos en los que las agresiones producen un resultado lesivo leve, tiene la ventaja de no someter a un Juicio de Faltas a la víctima o perjudicado que no quiera denunciar ni reclamar. Pero si el sujeto quiere que se administre justicia, se tramitará un juicio de faltas. Juicio que no requiere ni instrucción, ni que el denunciado comparezca con representación letrada ni procurador. Así será mientras no se modifique la Ley de Enjui-

ciamiento Criminal, según prescribe el último párrafo de la Disposición mencionada: “Del mismo modo, la instrucción y el enjuiciamiento de dicho delitos se substanciarán conforme al procedimiento previsto para el Juicio de Faltas del Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario”.

Los problemas que se plantearán son los siguientes:

1. Un Juez Instructor, sin ninguna instrucción, puede imponer penas privativas de libertad de hasta 6 meses de prisión. En el momento actual, la única pena privativa de libertad que puede imponer el Juez Instructor es la localización permanente.

2. El juicio de faltas no requiere abogado ni procurador. Por ello, el Juez Instructor podrá imponer penas de 6 meses de prisión sin que el denunciado tenga la defensa de un letrado. Ello resulta poco compatible con el art. 24 CE. En todos los supuestos en que la pena a imponer sea una menos grave (como ocurre en todos aquellos supuestos que actualmente se calificarían como un delito del 147.2), por requerir, además de la primera sanidad, tratamiento médico o quirúrgico, deben enjuiciarse siempre bajo la dirección de un letrado. Con ello se salvaguardaría correctamente el derecho de defensa al que se refiere el artículo 24 de la Constitución Española.

3. Si la esencia del juicio de faltas es la ausencia de instrucción o una mínima instrucción, so pena de declararse el juicio nulo por contaminación del órgano de enjuiciamiento, serán muchos los supuestos de recusación. Es causa de abstención judicial o de recusación judicial haber instruido el asunto que se enjuicia... Así el art. 219.11ª de la LOPJ establece como causa de abstención y, en su caso, de recusación el haber participado en la instrucción de la causa penal...

Las infracciones de lesiones, cuando intervienen varias personas o existen diferentes testigos, no son fáciles de calificar sin una instrucción, necesaria para determinar cómo ocurren los hechos, la determinación de la autoría, quién comienza primero, móviles, periciales... Cuando se están manejando penas de hasta seis meses de prisión, sería contrario al Ordenamiento Jurídico que el mismo Juez que ha instruido sea el

que finalmente imponga la sanción privativa de libertad que, insistimos, puede tener la naturaleza de pena menos grave.

Entendemos que la pretensión de racionalizar el servicio público de Justicia puede colisionar frontalmente con la Constitución Española.

Insistimos en que con la *propuesta que planteamos* de mantener la distinción de la necesidad de previa denuncia o no (dependiendo de si era necesario o no, además de la primera asistencia, tratamiento médico quirúrgico), se permitiría afirmar en alguna parte de la Exposición de Motivos, o en su Disposición Transitoria Cuarta, que solamente los supuestos en que fuera necesaria la previa denuncia el hecho sería enjuiciado por el actual Juicio de Faltas. Además, nuestra propuesta incluye que dichos hechos, lesiones que no requieran más de la primera asistencia, nunca podrán ser sancionados con penas de prisión (limitando la pena de multa a dos meses, para que la pena a imponer sea leve y la pueda imponer el Juez de Instrucción). Se rebaja la pena del maltrato de obra para diferenciar la punición con el delito leve que produce un resultado lesivo. El resto de los supuestos penados por el artículo 147.2 seguirían siendo delitos menos graves a los que sólo se les pueden imponer una pena menor por su inferior gravedad, en atención al medio utilizado o el resultado producido, pues se plantea como alternativa elevar en un mes el tope mínimo de la multa. Su extensión será de dos a seis meses. Estos últimos hechos siempre serían enjuiciados por el Juzgado de lo Penal.

Incluso, y para una mayor claridad, el número 2 del art 147 podría dividirse en dos, introduciendo un punto más, y el tercero consistiría en un subtipo privilegiado: **3. Cuando la lesión solo requiera una primera asistencia facultativa para su sanidad, se impondrá pena de multa inferior a dos meses.**

Ignoramos en qué va a consistir la futura reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal. De lo que sí podemos estar seguros es que la misma no va encaminada a ampliar el ámbito de enjuiciamiento a los Jueces de Instrucción y, mucho menos, a hechos delictivos como pueden ser las lesiones que exijan una previa instrucción. Los programas políticos tanto del anterior gobierno como del actual, parecen ir dirigidos a establecer que la investigación de los hechos sea realizada por el Ministerio Fiscal, quien finalmente realizará la propuesta de instrucción. Si tal sistema existiera en un futuro y desapareciera la figura del Juez Instructor

convirtiéndose en un Juez de Garantías al que, hipotéticamente, se le pueda atribuir el enjuiciamiento de algunos delitos leves, podría ser que la propuesta que está haciendo este Anteproyecto ya no vulneraría el Ordenamiento Jurídico. Pero lo cierto es que esa reforma está aun en pañales, con un previsible periodo de *vacatio legis* muy extenso. Tardará mucho en entrar en vigor, pues supone una gran renovación de todo nuestro sistema. No podemos, por muy deseable que sea la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permitir que durante un lapso de tiempo, que insistimos se aventura largo, “salvar o validar” (aunque no se sabe ni por quién ni cómo) todos los supuestos que entran claramente en colisión con la Constitución a los que nos hemos referido. Sin que sea legítimo dejar zanjada la cuestión con el simple párrafo que establece la Disposición Transitoria Cuarta “Del mismo modo, la instrucción y enjuiciamiento de dichos delitos leves (expresamente se menciona el art. 147.2) se sustanciarán conforme el procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, *cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario*”.

## **V.2.b) La previa denuncia en los delitos de lesiones en el ámbito de violencia doméstica y de género**

*Objeción:* Ni en la Exposición de Motivos, ni posteriormente en el articulado se indica o aclara que para perseguir las lesiones del art. 153, no sea necesaria la previa denuncia. Se evidencia que es una omisión involuntaria por dos razones:

1º Por la forma en que se resuelve la misma cuestión en relación con las amenazas y las coacciones en el ámbito de la violencia doméstica y de género.

En la nueva redacción de los artículos 171 y 172, la inclusión como delitos de lo que actualmente son las faltas de amenazas y faltas de coacciones se introduce en los mismos artículos que definen y castigan los delitos de amenazas y coacciones en el ámbito familiar. Tal inclusión se realiza en un apartado distinto y perfectamente diferenciado de los anteriores. Con ello, al exigir para las actuales faltas de amenazas y coacciones la denuncia previa, al considerarlos en el Anteproyecto delitos

leves, lo hace quedando clarísimamente redactado que solo se refieren a los supuestos redactados en los art. 171.7 o 172.3 y no a los otros supuestos que el Legislador incluye en los apartados anteriores de los mencionados artículos; es decir, a las amenazas y las coacciones en el ámbito familiar.

Así, el art. 171.7 dice “Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

En igual sentido el art. 172.3 del Anteproyecto.

2º El espíritu de la Legislación de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral en Violencia de Género. Sería contraria a toda la legislación introducida por las diversas reformas en materia de violencia doméstica y de género, así como en la especialización establecida en la mencionada Ley Integral, que para la investigación y el enjuiciamiento del delito de lesiones en violencia de género y/o violencia doméstica se exija el requisito previo de una denuncia.

No obstante, en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica, y con el fin de evitar desafortunadas interpretaciones, sería aconsejable que el Legislador aclarara, bien en este artículo 147, bien en el artículo 153, que para cualquier conducta que sea constitutiva de un delito de este último artículo, no es necesaria la previa denuncia de la persona ofendida o su representante legal.

En tal sentido se dirige nuestra propuesta de redacción del art. 147.4 in fine “salvo los supuestos previstos en el art. 153 de este Código”.

### ***V.3. Menores y personas con discapacidad***

*Objeción:* El Código Penal, desde la época democrática y siempre que impone la obligación de la previa denuncia para la instrucción de un delito, establece que cuando nos encontremos ante víctimas menores de edad, incapaces o personas desvalidas basta con la denuncia del Ministerio Fiscal. Expresamente lo menciona el actual art. 639 del vigente CP, si bien, este artículo queda expresamente derogado con el Anteproyecto. Es el Ministerio Fiscal quien tiene encomendado por ley la protección

de las personas mencionadas. Esta ley es el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que desarrolla el artículo 124 de la CE en este aspecto. Por eso llama tremendamente la atención que el Anteproyecto olvide este deber legal, y le impida realizar a esta Institución una de sus funciones.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto, dedica un apartado, el número XXIV, a las personas con discapacidad. Extensamente explica la necesidad de una protección penal reforzada para las personas discapacitadas, en atención a su especial vulnerabilidad. Pero, este Legislador, tan preocupado por la especial protección de dichas personas, se olvida de ellos y de los menores en todos los supuestos que exigen una previa denuncia para perseguir el delito con esta reforma, al no prever que sea el Ministerio Fiscal quien también pueda denunciar en su nombre por ser especialmente vulnerables.

Nuevamente, creemos estar ante otra omisión involuntaria de este Legislador y se propone la matización hecha en el artículo alternativo.

#### ***V.4. El art. 57.2 del CP y la nueva redacción del art. 147***

Para finalizar quería poner de manifiesto que, conforme a la nueva redacción del artículo 147 y ante la no modificación del carácter preceptivo de la imposición de la pena de alejamiento prevista en el artículo 57.2, como pena accesoria obligatoria en todos los delitos de violencia doméstica o de género, el Legislador ha perdido, nuevamente, la oportunidad de establecer el carácter potestativo de dicha pena accesoria en los supuestos ocasionales o de menor gravedad. Demanda, por lo demás, solicitada por la mayoría de los sectores especializados en violencia de género. Pero, además, ha eliminado cualquier resquicio para poder articular el carácter potestativo de tal pena en el maltrato de obra en el ámbito familiar al amparo de la STS 1203/2009, de 22 de octubre.

## 1.7. Faltas de amenazas y coacciones

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

---

### *ART. 171 del Anteproyecto (Delito de amenazas)*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 171

*“1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancias del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.*

*2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguere.*

*3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados.*

*4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

*Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

*5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.*

*Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

*6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado."*

*Art. 620*

*"Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:*

*2º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*

*Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal."*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 171: Se añade un apartado 7 al artículo 171 con el siguiente contenido:*

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

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De modificación del apartado séptimo:*

Art. 171

*“7. Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de diez a veinte días. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”*

## IV. MOTIVACIÓN

Se propone la sustitución de la pena fijada en el Anteproyecto por la actualmente prevista en el Código Penal por no considerarse justificada la necesidad de incremento de la consecuencia jurídica prevista para la misma, al no haberse modificado la conducta tipificada, habiendo procedido el prelegislador únicamente a transformarla, no en un delito leve (como se dice en la Exposición de Motivos) sino en un delito menos grave.

### *ART. 172 del Anteproyecto (Delito de coacciones)*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 172

*“1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.*

*Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.*

*También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.*

*2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo*

*estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

*Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

*Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

*No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.”*

Art. 620

*“Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:*

*2º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*

*Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 172: Se añade un apartado 3 al artículo 172 con el siguiente contenido:*

*“7. Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De modificación del apartado séptimo:*

*“7. Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de diez a veinte días. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”*

#### IV. MOTIVACIÓN

Al igual que con las amenazas leves, se propone la sustitución de la pena fijada en el Anteproyecto por la actualmente prevista en el Código Penal por no considerarse justificada la necesidad de incremento de la consecuencia jurídica prevista para la misma, al no haberse modificado la conducta tipificada, habiendo procedido el prelegislador únicamente a transformarla, no en un delito leve (como se dice en la Exposición de Delitos) sino en un delito menos grave.

# 1.8. Falta de allanamiento de domicilio de personas jurídicas

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal*

*Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal*

*Universitat Jaume I de Castellón*

---

## *ART. 203 del anteproyecto (Delito de allanamiento de domicilio de personas jurídicas)*

### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 203*

*“1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.*

*2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.”*

*Art. 635*

*“Será castigado con la pena de localización permanente de dos a diez días o multa de uno a dos meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina o establecimiento mercantil o local abierto al público.”*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 203: Se modifican los apartados 2 y 3 del artículo 203, que queda redactado como sigue:*

*“2. Será castigado con la pena (sic) de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.*

*3. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De supresión o, en su defecto, de modificación del apartado segundo:*

*“2. Será castigado con la pena de multa de uno a dos meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.”*

### IV. MOTIVACIÓN

La conducta elevada a la categoría de delito suele ser llevada a cabo como medio para ejecutar otras figuras típicas, siendo habitual que el desvalor de éstas abarque el de aquella, motivo por el cual se propone la destipificación de dicha conducta.

Para el caso en que se considere que dicha conducta debe continuar siendo penalmente relevante, se propone la rebaja del límite máximo de la pena prevista, a fin de ajustarlo a la clasificación de los delitos contenido en el artículo 13, el cual debe ser interpretado de forma conjunta con el artículo 33 del Código Penal, permitiendo con ello que dicha conducta sea materialmente, y no sólo a efectos formales, un delito menos leve.

**ART. 234 del Anteproyecto (Delito de hurto)****I. TEXTO VIGENTE**

Art. 234

*“El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros.*

*Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.”*

Art. 623.1

*“Serán castigados con localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses:*

*1. Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros. En los casos de perpetración reiterada de esta falta, se impondrá en todo caso la pena de localización permanente. En este último supuesto, el Juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 37.1.*

*Para apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas.”*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

Art. 234: Se modifica el artículo 234 que queda redactado como sigue:

*“1. El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses.*

*2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes sustraídos y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. No se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros, o los casos en los que concurriera alguna de las circunstancias de los artículos 235 ó 235 bis de este Código.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De modificación del apartado segundo:*

*“2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes sustraídos y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de de uno a dos meses. No se considerarán de escasa gravedad los casos en los que concurriere alguna de las circunstancias de los artículos 235 o 235 bis de este Código.”*

### IV. MOTIVACIÓN

Ya que se aumenta la discrecionalidad de los Jueces y Tribunales mediante la incorporación de conceptos indeterminados en el tipo penal, consideramos que debe eliminarse la limitación relativa a los 1.000 euros, pues puede ocurrir que, precisamente por la situación económica de la víctima, un hurto en el que el valor económico del objeto material sea superior a ese importe pueda ser considerado de escasa entidad.

Por otro lado, se propone reducir el límite máximo de la pena prevista para esta conducta, con el fin de que pueda ser considerada materialmente un delito leve y no un delito menos grave, como sería en realidad, de prosperar el texto del Anteproyecto con su actual redacción.

## 1.9. Falta de daños

**ANA CRISTINA ANDRÉS DOMÍNGUEZ**

*Profesora Titular de Derecho Penal*

*Universidad de Burgos*

---

### *ART. 263.1 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

Art. 263.1

*“El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a 24 meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño si excediera de 400 euros”.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

Art. 263.1

*“El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a 24 meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño. Si el hecho, en atención a tales circunstancias, fuera de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los daños fuera superior a 1000 euros”.*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

Art. 263.1

*“El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a 24 meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño. Si el valor de los daños fuera igual o inferior a 1000 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.*

#### IV. MOTIVACIÓN

El Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal, con el propósito, tal y como indica la Exposición de Motivos, de “incrementar la eficacia de la justicia penal”, suprime las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal (Disposición Derogatoria Única apartado 1: “Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”), si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas —delitos leves en la nueva regulación que se introduce— viene orientada, según la Exposición de Motivos, por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles.

En el ámbito de las infracciones contra el patrimonio, la derogación de las faltas supone la incorporación de nuevos tipos atenuados en los correspondientes delitos de referencia, para sancionar aquellas conductas que por sus circunstancias puedan ser consideradas delictivas pero de “escasa gravedad”. Con ello —de acuerdo con la Exposición de Motivos— se elimina el rígido criterio de los cuatrocientos euros para delimitar entre delitos y faltas, y aumentan las posibilidades para la actuación judicial unido al amplio margen que se introduce en la fijación de las penas previstas para este tipo de conductas. No obstante, la nueva regulación evita que los tipos atenuados sean aplicables a los supuestos de gravedad objetiva, cuando la cuantía excede de 1000 euros.

Todo lo anterior, en el supuesto concreto de los daños, se traduce en la modificación del apartado 1 del artículo 263 tipificando como delito leve la falta de daños prevista en el actual artículo 625 del Código Penal, artículo que queda suprimido.

La consecuencia inmediata es la sanción con mayor pena del delito leve de daños que la anterior falta al incrementarse la pena de multa que pasa de 10 a 20 días a ser de 1 a tres meses. Ahora bien, conductas que actualmente se sancionan en el Código Penal conforme al tipo básico de daños del artículo 263.1 con pena de multa de seis a 24 meses, en el Anteproyecto se prevén como constitutivas de delito leve de daños

sancionados con multa de uno a tres meses, al haberse incrementado la cuantía a partir de la cual se castiga el hecho por el tipo básico, que pasa de 400 a 1000 euros, por lo que la penalidad en estos supuestos resulta ser inferior a la prevista en el actual Código Penal para los daños constitutivos de delito cuya cuantía se sitúe entre los 400 y los 1000 euros.

En definitiva, la conversión de la falta de daños del artículo 625 del actual Código Penal en delito leve de daños, no va a coadyuvar a la descongestión de la justicia penal, finalidad a la que está orientada la supresión del Libro III del Código Penal, como dispone la Exposición de Motivos, por cuanto hechos que hoy constituyen delito básico de daños al exceder su cuantía de 400 euros pasan a ser delitos leves si superando la citada cuantía no exceden de 1000 euros; delitos leves que siguen sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas (Disposición Transitoria Cuarta: La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves. “Mientras no entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, los delitos leves tipificados en los artículos 147.2, 147.3, 171.7, 172.3, 249, 263, 274.2 párrafo 2º, 270.1 párrafo 2º y 234.2, tendrán la consideración de faltas penales a los efectos de la aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal «...». Del mismo modo, la instrucción y el enjuiciamiento de dichos delitos se sustanciarán conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo lo que sea necesario”).

Centrándonos en la redacción del artículo 263.1, el Anteproyecto tipifica el tipo básico de daños castigando con pena de seis a 24 meses los daños que se causan en propiedad ajena y no se encuentran comprendidos en otros títulos del Código, en función de la condición económica de la víctima y la cuantía del daño; a continuación se indica que los casos de escasa gravedad, en atención de nuevo a la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, se castigarán con pena de uno a 3 meses, con la salvedad de los daños cuya cuantía sea inferior a 1000 euros que, en ningún caso, serán considerados de escasa gravedad. Se trata de una farragosa redacción que plantea importantes problemas interpretativos, en la medida que no se sabe a ciencia cierta si los daños inferiores a 1000 euros son siempre de escasa gravedad o, por el contrario, la determinación de si estamos en presencia del tipo básico de daños o del delito leve

de daños queda al arbitrio judicial en función de la situación económica de la víctima y de la cuantía del daño, y no, exclusivamente, del criterio objetivo de los 1000 euros. En conclusión se produce una clara vulneración del principio de taxatividad y, por ende, del principio de Legalidad.

En consecuencia, la propuesta que se efectúa desde estas líneas, entendiendo, por un lado, que la supresión de la falta de daños obliga a crear un delito leve fijando el límite cuantitativo entre el tipo básico y el delito leve de daños en los 1000 euros; y, por otro, que la condición económica de la víctima y la cuantía del daño ya es tomada en cuenta a la hora de determinar la pena del tipo básico de daños, es mantener en el inciso primero del artículo 263.1 el tipo básico de daños con la redacción que figura en el Anteproyecto y recoger en el inciso segundo el delito leve castigado con pena de multa de uno a tres meses cuando el valor del daño sea igual o inferior a 1000 euros.

# 1.10. Faltas contra el patrimonio

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

---

## *ART. 236 del Anteproyecto (Delito de hurto de cosa propia)*

### I. TEXTO VIGENTE

Art. 236

*“El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros.*

*Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.”*

Art. 623:

*“Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses:*

*2. Los que realicen la conducta descrita en el artículo 236, siempre que el valor de la cosa no exceda de 400 euros.”*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 236: *Se modifica el artículo 236 que queda redactado como sigue:*

*“1. Será castigado con multa de tres a 12 meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero.*

*2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes sustraídos y el perjuicio causado, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De modificación del apartado segundo:*

*“2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes sustraídos y el perjuicio causado, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a dos meses.”*

### IV. MOTIVACIÓN

Ya que se aumenta la discrecionalidad de los Jueces y Tribunales mediante la incorporación de conceptos indeterminados en el tipo penal, consideramos que debe eliminarse la limitación relativa a los 1.000 euros, pues puede ocurrir que, precisamente por la situación económica de la víctima, un hurto en el que el valor económico del objeto material sea superior a ese importe pueda ser considerado de escasa entidad.

Por otro lado, se propone reducir el límite máximo de la pena prevista para esta conducta, para que pueda ser considerada materialmente un delito leve y no un delito menos grave, como sería en realidad, de prosperar el texto del Anteproyecto con su actual redacción.

#### *ART. 244 del Anteproyecto*

#### *(Delito de robo y hurto de uso de vehículo de motor)*

### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 244*

*“1. El que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, cuyo valor excediere de 400 euros, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de seis a 12 meses si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a 48 horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo.*

*Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.*

2. Si el hecho se ejecutare empleando fuerza en las cosas, la pena se aplicará en su mitad superior.

3. De no efectuarse la restitución en el plazo señalado, se castigará el hecho como hurto o robo en sus respectivos casos.

4. Si el hecho se cometiere con violencia o intimidación en las personas, se impondrán, en todo caso, las penas del artículo 242.”

Art. 623

“Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses:

3. Los que sustraigan o utilicen sin la debida autorización, sin ánimo de apropiárselo, un vehículo a motor o ciclomotor ajeno, si el valor del vehículo utilizado no excediera de 400 euros.

Si el hecho se ejecutase empleando fuerza en las cosas, se impondrá la pena en su mitad superior. Si se realizara con violencia o intimidación en las personas, se penará conforme a lo dispuesto en el artículo 244.”

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 244: Se modifica el apartado 1 del artículo 244 y se introduce un nuevo apartado 5, con la siguiente redacción:

“1. El que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de dos a doce meses, si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a 48 horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo.

5. En estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.”

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

De modificación del apartado primero:

“1. El que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 4 a 90 días o multa de uno a doce meses, si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a 48 horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo.”

## IV. MOTIVACIÓN

Se comparte la necesidad de mantener esta conducta en el Código Penal con independencia del valor del vehículo usado, pues el perjuicio ocasionado, que en este caso es la privación de la facultad de uso, es el mismo con independencia del valor del objeto material. Sin embargo, se reducen los límites mínimos de las penas previstas en abstracto, a fin de posibilitar su ajuste a los supuestos en los que el valor económico del vehículo o ciclomotor sea escaso. De lo contrario se establece la pena prevista en el anterior delito a conductas que antes, como faltas, eran merecedoras de una consecuencia jurídica muy inferior, lo que no se justifica, dado que la descripción de la conducta no ha sufrido variación alguna.

### *ART. 246 del Anteproyecto (Delito de alteración de lindes o heredades)*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 246

*“El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, si la utilidad reportada o pretendida excede de 400 euros.”*

Art. 624

*“1. El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 246 será castigado con multa de 10 a 30 días si la utilidad no excede de 400 euros o no sea estimable, siempre que medie denuncia del perjudicado.”*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 246: *Se modifica el artículo 246, que queda redactado como sigue:*

*“1. El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses.*

*2. Si el hecho, por la escasa utilidad reportada o pretendida, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la utilidad reportada o pretendida fuera superior a 1.000 euros."*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De supresión del precepto o, cuanto menos, del nuevo apartado segundo.*

### IV. MOTIVACIÓN

Este tipo de conductas encuentran debido acomodo en el Código Civil, circunstancia que, junto con la escasa relevancia práctica de la conducta en cuestión, aconseja su retirada de nuestro texto punitivo.

#### *ART. 247 del Anteproyecto (Delito de distracción del curso de las aguas)*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 247

*"El que, sin hallarse autorizado, distrajere las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediera de 400 euros."*

Art. 624

*"2. Será castigado con multa de 10 días a dos meses el que ejecute los actos contemplados en el artículo 247, si la utilidad reportada no excede de 400 euros."*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 247: *Se modifica el artículo 247, que queda redactado como sigue:*

*"1. El que, sin hallarse autorizado, distrajere las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.*

*2. Si el hecho, por la escasa utilidad reportada, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la utilidad reportada fuera superior a 1.000 euros."*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De supresión del precepto o, cuanto menos, del nuevo apartado segundo.*

### IV. MOTIVACIÓN

Este tipo de conductas encuentran debido acomodo en el Código Civil o en el Derecho administrativo sancionador, dependiendo de si las aguas son de uso privado o público, motivo que, junto con su escasa relevancia práctica, aconseja su retirada de nuestro texto punitivo.

#### *ART. 249 del Anteproyecto (Delito de estafa)*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 249

*"Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 euros. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción."*

Art. 623

*"Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses:*

*4. Los que cometan estafa, apropiación indebida, o defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido, o en equipos terminales de telecomunicación, en cuantía no superior a 400 euros."*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 249: Se modifica el artículo 249, que queda redactado como sigue:*

*“Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si en atención a estas circunstancias, el hecho fuera de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la cantidad defraudada fuera superior a 1.000 euros.”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De modificación:*

*“Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si en atención a estas circunstancias, el hecho fuera de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a dos meses.”*

## IV. MOTIVACIÓN

Con independencia de las consideraciones realizadas por quienes han tratado el delito de estafa en concreto, para el caso de que se mantuviera la redacción contenida en el Anteproyecto, se propone la supresión del inciso último en el que se impone el límite de los 1.000 euros. Ya que se aumenta la discrecionalidad de los Jueces y Tribunales mediante la incorporación en el tipo de conceptos indeterminados, debe eliminarse la limitación relativa a dicho importe, pues puede ocurrir que, precisamente por la situación económica de la víctima, una estafa en la que el valor económico del objeto material sea superior al mismo pueda ser considerada de escasa entidad.

Se propone además, la reducción del límite penológico máximo previsto para los supuestos de escasa gravedad a efectos de que se mantenga en el marco penológico previsto en el artículo 33 para las penas leves, en aras a que sea convertido en un delito leve (como dice la Exposición de Motivos) y no en un delito menos grave.

***ART. 252 del Anteproyecto***  
***(Delito de apropiación indebida. Ahora administración desleal)***

**I. TEXTO VIGENTE**

Art. 252

*“Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.”*

Art. 623

*“Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses:*

*4. Los que cometan estafa, apropiación indebida, o defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido, o en equipos terminales de telecomunicación, en cuantía no superior a 400 euros.”*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 252: Se modifica el artículo 252, que se incluye en la Sección 1 bis del Capítulo VII del Título XIII del Libro II, y que tendrá la siguiente redacción:*

*“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.*

*2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una*

*especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar.*

*3. Se impondrá la pena en su mitad superior si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro.*

*4. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros."*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De modificación del apartado cuarto:*

*"4. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses."*

### IV. MOTIVACIÓN

Con independencia de las consideraciones realizadas por quienes se han ocupado de este delito en exclusiva (tratamiento que queda fuera de los objetivos de la presente ponencia) se propone, ya que se aumenta la discrecionalidad de los Jueces y Tribunales mediante la incorporación en el tipo de conceptos indeterminados, la eliminación de la limitación relativa a los 1.000 euros, pues puede ocurrir que, precisamente por la situación económica de la víctima, una conducta constitutiva de administración desleal por valor superior a dicho importe pueda ser considerada de escasa entidad.

Se propone además, la reducción del límite penológico máximo previsto para los supuestos de escasa gravedad a efectos de que se mantenga en el marco penológico previsto en el artículo 33 para las penas leves, en aras a que sea convertido en un delito leve (como dice la Exposición de Motivos) y no en un delito menos grave, como en efecto se realiza.

**ART. 253 del Anteproyecto**  
**(Delito de apropiación indebida. Ahora administración desleal)**

**I. TEXTO VIGENTE**

Art. 253

*“Serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de 400 euros. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años.”*

Art. 623

*“Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses:*

*4. Los que cometan estafa, apropiación indebida, o defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido, o en equipos terminales de telecomunicación, en cuantía no superior a 400 euros.”*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 253: Se modifica el artículo 253, que queda redactado del siguiente modo:*

*“1. Serán castigados con las penas del artículo 249 ó, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de un cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.*

*2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes apropiados fuera superior a 1.000 euros.”*

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*De modificación del apartado segundo:*

*“2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses.”*

## IV. MOTIVACIÓN

De nuevo, con independencia de las consideraciones realizadas por quienes se han ocupado de este delito en exclusiva se propone, ya que se aumenta la discrecionalidad de los Jueces y Tribunales mediante la incorporación en el tipo de conceptos indeterminados, la eliminación de la limitación relativa a los 1.000 euros, pues puede ocurrir que, precisamente por la situación económica de la víctima, una conducta constitutiva de administración desleal por valor superior a dicho importe pueda ser considerada de escasa entidad.

Se propone además, la reducción del límite penológico máximo previsto para los supuestos de escasa gravedad a efectos de que se mantenga en el marco penológico previsto en el artículo 33 para las penas leves, en aras a que sea convertido en un delito leve (como dice la Exposición de Motivos) y no en un delito menos grave, como en efecto se realiza.

### *ART. 254 del Anteproyecto (Delito de apropiación indebida. Ahora administración desleal)*

## I. TEXTO VIGENTE

Art. 254

*“Será castigado con la pena de multa de tres a seis meses el que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de 400 euros.”*

Art. 623

*“Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses:*

*4. Los que cometan estafa, apropiación indebida, o defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido, o en equipos terminales de telecomunicación, en cuantía no superior a 400 euros.”*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 254: Se modifica el artículo 254, que queda redactado como sigue:*

*“1. Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años.*

*2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes apropiados fuera superior a 1.000 euros.”*

## II. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De modificación del apartado segundo:*

*“2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses.”*

## III. MOTIVACIÓN

Esta propuesta de enmienda tiene la misma justificación que las dos anteriores, por lo que a lo dicho allí nos remitimos.

### *ART. 255 del Anteproyecto (Delito de defraudación de fluidos eléctricos)*

#### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 255*

*“Será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses el que cometiere defraudación por valor superior a 400 euros, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes:*

*1º Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación.*

*2º Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.*

*3º Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.”*

Art. 623

*“Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses:*

*4. Los que cometan estafa, apropiación indebida, o defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido, o en equipos terminales de telecomunicación, en cuantía no superior a 400 euros.”*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 255: Se modifica el artículo 255, que queda redactado como sigue:*

*“1. Será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses el que cometiére defraudación utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes:*

- 1. Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación.*
- 2. Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.*
- 3. Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.*

*2. Si el hecho, por el escaso valor de cuantía defraudada, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la cuantía defraudada fuera superior a 1.000 euros.”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De supresión del apartado segundo:*

*“1. Será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses el que cometiére defraudación por valor superior a 400 euros, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes:*

- 1. Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación.*
- 2. Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.*
- 3. Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.”*

*En su defecto, de modificación del apartado segundo:*

*“1. Será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses el que cometiére defraudación utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes:*

- 1. Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación.*
- 2. Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.*
- 3. Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.*

2. Si el hecho, por el escaso valor de cuantía defraudada, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a dos meses."

#### IV. MOTIVACIÓN

Se propone en primer lugar, la destipificación de las conductas por valor inferior a 400 euros. Este tipo de conductas pueden ser reconducidas al ámbito civil, mediante la reclamación de indemnización por daños y perjuicios.

Para el caso que se considere que dicha conducta debe revestir relevancia penal con independencia del valor de la defraudación, se propone, al igual que en los artículos anteriores, la eliminación de la limitación relativa a los 1.000 euros, por el motivo ya puesto de manifiesto en estas páginas con anterioridad. Argumento que cobra mayor fuerza en este caso, dadas las especiales características de los sujetos pasivos de la conducta tipificada en este precepto.

Se propone además, la reducción del límite penológico máximo previsto para los supuestos de escasa gravedad a efectos de que se mantenga en el marco penológico previsto en el artículo 33 para las penas leves, a fin de que sea convertido en un delito leve (como dice la Exposición de Motivos) y no en un delito menos grave.

#### *ART. 256 del Anteproyecto (Delito de uso ilegítimo de terminales de telecomunicaciones)*

##### I. TEXTO VIGENTE

Art. 256

*"El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a 400 euros, será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses."*

Art. 623

*"Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses:*

4. Los que cometan estafa, apropiación indebida, o defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido, o en equipos terminales de telecomunicación, en cuantía no superior a 400 euros.”

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 256: Se modifica el artículo 256, que queda redactado como sigue:*

*“1. El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, y causando a éste un perjuicio económico, será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses.*

*2. Si el hecho, por la escasa entidad del perjuicio causado, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor del perjuicio fuera superior a 1.000 euros.”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De supresión del apartado segundo:*

*“1. El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a 400 euros, será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses.”*

*En su defecto, de modificación del apartado segundo:*

*“1. El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, y causando a éste un perjuicio económico, será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses.*

*2. Si el hecho, por la escasa entidad del perjuicio causado, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a dos meses.*

## IV. MOTIVACIÓN

Al igual que en las defraudaciones anteriores, se propone en primer lugar, la destipificación de las conductas por valor inferior a 400 euros. Este tipo de conductas pueden ser reconducidas al ámbito civil, mediante la reclamación de indemnización por daños y perjuicios.

Para el caso que se considere que dicha conducta debe revestir relevancia penal con independencia del valor de la defraudación, se propone,

al igual que en los artículos anteriores, la eliminación de la limitación relativa a los 1.000 euros, por el motivo ya argumentado con anterioridad.

Se propone además, la reducción del límite penológico máximo previsto para los supuestos de escasa gravedad a efectos de que se mantenga en el marco penológico previsto en el artículo 33 para las penas leves, a fin de que sea convertido en un delito leve (como dice la Exposición de Motivos) y no en un delito menos grave.

### *ART. 263 del Anteproyecto (Delito de daños)*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

##### *Art. 263*

*“1. El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a 24 meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de 400 euros.*

*2. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que causare daños expresados en el apartado anterior, si concurriere alguno de los supuestos siguientes:*

*1º Que se realicen para impedir el libre ejercicio de la autoridad o como consecuencia de acciones ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, bien se cometiere el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las Leyes o disposiciones generales.*

*2º Que se cause por cualquier medio, infección o contagio de ganado.*

*3º Que se empleen sustancias venenosas o corrosivas.*

*4º Que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal.*

*5º Que arruinen al perjudicado o se le coloque en grave situación económica.”*

##### *Art. 625*

*“1. Serán castigados con la pena de localización permanente de dos a 12 días o multa de 10 a 20 días los que intencionadamente causaran daños cuyo importe no exceda de 400 euros.”*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 263: Se modifica el apartado 1 del artículo 263, que queda redactado como sigue:*

*“1. El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño. Si el hecho, en atención a tales circunstancias, fuera de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los daños fuera superior a 1.000 euros.”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De destipificación de los daños inferiores a 400 euros:*

*“1. El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de 400 euros.”*

*En su defecto, de modificación del apartado primero:*

*1. El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño. Si el hecho, en atención a tales circunstancias, fuera de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a dos meses.”*

## IV. MOTIVACIÓN

Si alguna conducta puede ser reconducida al ámbito civil son los daños de escasa cuantía, dada la relación de consunción que suele producirse cuando los daños se originan en la ejecución de otra figura delictiva. Y para el caso de que se hayan cometido de forma autónoma, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados se considera mecanismo suficiente para dar debida respuesta. De ahí que se proponga, en primer lugar, la destipificación de las conductas por valor inferior a 400 euros.

Una vez más, para el caso que se considere que dicha conducta debe mantenerse en el Código Penal con independencia del valor de los daños ocasionados, se propone, al igual que en los artículos anteriores, la eliminación de la limitación relativa a los 1.000 euros, por el motivo ya señalado.

Se propone además, la reducción del límite penológico máximo previsto para los supuestos de escasa gravedad a efectos de que se mantenga en el marco penológico previsto en el artículo 33 para las penas leves, a fin de que sea convertido en un delito leve (como dice la exposición de motivos) y no en un delito menos grave.

# 1.11. Faltas contra la propiedad intelectual e industrial

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal*

*Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal*

*Universitat Jaume I de Castellón*

---

## *ART. 270 del Anteproyecto (Delito contra la propiedad intelectual)*

### I. TEXTO VIGENTE

Art. 270

*“1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.*

*No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.*

*2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.*

3. *Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.”*

Art. 623

*“Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses:*

5. *Los que realicen los hechos descritos en el párrafo segundo de los artículos 270.1 y 274.2, cuando el beneficio no sea superior a 400 euros, salvo que concurra alguna de las circunstancias prevenidas en los artículos 271 y 276, respectivamente.”*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 270: *Se modifica el apartado 1 del artículo 270, con la siguiente redacción:*

*“1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.*

*No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De supresión del último párrafo, y en su defecto, de modificación:*

*“No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de cuatro a doce días.”*

## IV. MOTIVACIÓN

La venta al por menor de obras que vulneran los derechos de propiedad intelectual es cada vez de menor presencia. A ello debe añadirse el que la venta ambulante sin licencia es constitutiva de una infracción administrativa, por la que resulta posible el comiso de la mercancía y la imposición de una multa. Infracción a la que se le puede añadir, para el caso de encontrarse el responsable en situación irregular en España, la normativa de extranjería. En consecuencia, se considera suficiente su traslación al ámbito administrativo.

Para el caso de que se estime que dicha conducta debe ser elevada a la categoría de delito, de nuevo se propone la reducción del límite penológico máximo previsto para los supuestos de escasa gravedad a efectos de que se mantenga en el marco penológico previsto en el artículo 33 para las penas leves, a fin de que sea convertido en un delito leve (como dice la Exposición de Motivos) y no en un delito menos grave.

### *ART. 274 del Anteproyecto (Delito contra la propiedad industrial)*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 274

*“1. Será castigado con las penas de seis meses a dos años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo usurpe un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen estos productos.*

*2. Las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas, posea para su comercialización o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados.*

*No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico,*

siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.

3. Será castigado con la misma pena quien, con fines agrarios o comerciales, sin consentimiento del titular de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro, produzca o reproduzca, acondicione con vistas a la producción o reproducción, ofrezca en venta, venda o comercialice de otra forma, exporte o importe, o posea para cualquiera de los fines mencionados, material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación sobre protección de obtenciones vegetales.

4. Será castigado con la misma pena quien realice cualesquiera de los actos descritos en el apartado anterior utilizando, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad.”

Art. 623

“Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses:

5. Los que realicen los hechos descritos en el párrafo segundo de los artículos 270.1 y 274.2, cuando el beneficio no sea superior a 400 euros, salvo que concurra alguna de las circunstancias prevenidas en los artículos 271 y 276, respectivamente.”

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 274: Se modifica el artículo 274, que queda redactado del siguiente modo:

“1. Será castigado con las penas de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro,

a) fabrique, produzca o importe productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, u

b) ofrezca, distribuya, o comercialice al por mayor productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, o los almacene con esa finalidad, cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado.

2. *Será castigado con las penas de seis meses a tres años de prisión el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, distribuya o comercialice al por menor, o preste servicios o desarrolle actividades, que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado.*

*La misma pena se impondrá a quien reproduzca o imite un signo distintivo idéntico o confundible con aquél para su utilización para la comisión de las conductas sancionadas en este artículo.*

3. *La venta ambulante u ocasional de los productos a que se refieren los apartados anteriores será castigada con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

*No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.*

4. *Será castigado con las penas de uno a tres años de prisión el que, con fines agrarios o comerciales, sin consentimiento del titular de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro, produzca o reproduzca, acondicione con vistas a la producción o reproducción, ofrezca en venta, venda o comercialice de otra forma, exporte o importe, o posea para cualquiera de los fines mencionados, material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación nacional o de la Unión Europea sobre protección de obtenciones vegetales.*

*Será castigado con la misma pena quien realice cualesquiera de los actos descritos en el apartado anterior utilizando, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De supresión del apartado tercero, y en su defecto, de modificación:*

*“3. La venta ambulante u ocasional de los productos a que se refieren los apartados anteriores será castigada con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

*No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las cir-*

*cunstances del artículo 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de cuatro a doce días.”*

#### IV. MOTIVACIÓN

Al igual que ocurre con la venta al por menor de obras que vulneran los derechos de propiedad intelectual, se estima que la normativa administrativa es suficiente para poder reprimir tales conductas por los motivos expuestos al referirnos a los delitos contra aquella.

No obstante, para el caso de que se estime que dicha conducta debe ser elevada a la categoría de delito, una vez más se propone la reducción del límite penológico máximo previsto para los supuestos de escasa gravedad, a efectos de que se mantenga en el marco penológico previsto en el artículo 33 para las penas leves, convirtiéndolo en un delito leve (como dice la Exposición de Motivos) y no en un delito menos grave.

## 1.12. Falta contra el patrimonio histórico

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

---

### *ART. 323 del Anteproyecto (Delito de daños contra el patrimonio histórico)*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 323

*“Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.*

*En este caso, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.”*

Art. 625

*“2. Se impondrá la pena en su mitad superior si los daños se causaran en los lugares o bienes a que refiere el artículo 323 de este Código.”*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 323: Se modifica el artículo 323, que queda redactado como sigue:*

*“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.*

*2. Si el hecho, por la escasa cuantía del daño causado, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de dos a doce meses. No se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los daños fuera superior a 1.000 euros.*

*3. En estos casos, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De modificación del apartado segundo:*

*“2. Si el hecho, por la escasa cuantía del daño causado, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de quince a veinte días.”*

### IV. MOTIVACIÓN

Dada la naturaleza de los bienes objeto material de esta infracción penal, se elimina el límite de 1.000 euros fijado por el prelegislador, a fin de que los Jueces y Tribunales tengan libertad de adecuar las consecuencias penológicas a las concretas circunstancias del caso.

En el orden penológico, a fin de corregir nuevamente el exceso punitivo introducido sin justificación alguna, se propone modificar las penas fijadas en el Anteproyecto por las previstas en el texto actualmente vigente, dado que no se ha modificado la conducta que en la actualidad se encuentra prevista como falta y que es elevada a la categoría de delito menos grave. Se logra con ello además, mantener la infracción en el ámbito de los delitos leves.

# 1.13. Falta de tenencia de animales peligrosos

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal*

*Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal*

*Universitat Jaume I de Castellón*

---

## *ART. 385 quáter del Anteproyecto (Delito de tenencia de animales peligrosos)*

### **I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 631*

*“1. Los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.”*

### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 385 quáter*

*“CAPÍTULO V. TENENCIA DE ANIMALES PELIGROSOS.”*

*“Artículo 385 quáter. Los dueños o encargados de la custodia de animales potencialmente peligrosos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal, creando un peligro para la vida o la integridad de las personas, serán castigados con la pena de multa de uno a seis meses.”*

### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*De supresión del Capítulo y, en consecuencia, del artículo que lo integra.*

#### IV. MOTIVACIÓN

No se justifica que se eleve la tipificación de esta conducta a la categoría de delito leve, fundamentándose en la creación de un peligro abstracto para la vida y la integridad física o la salud de las personas, cuando se elimina la tipificación de la causación de muerte por imprudencia leve (delito de resultado).

Si como consecuencia de tales hechos se produce el resultado, el Código Penal y el Código Civil ya ofrecen oportuna respuesta. Si no se causa daño alguno, el ámbito administrativo es suficiente para dar respuesta a estos casos.

# 1.14. Falta relativa a la protección de la flora

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal*

*Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal*

*Universitat Jaume I de Castellón*

---

## *ART. 332 del Anteproyecto (Delitos relativos a la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos)*

### I. TEXTO VIGENTE

Art. 332

*“El que con grave perjuicio para el medio ambiente corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, o destruya o altere gravemente su hábitat, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses.”*

Art. 632

*“1. El que corte, tale, queme, arranque, recolecte alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, sin grave perjuicio para el medio ambiente, será castigado con la pena de multa de 10 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 20 días.”*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 332: *Se modifica el artículo 332, que queda redactado como sigue:*

*“1. El que con grave perjuicio para el medio ambiente corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, o destruya o altere gravemente su hábitat, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses.*

*2. Cuando no se cause un grave perjuicio para el medio ambiente, se impondrá la pena de multa de uno a cuatro meses.”*

### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*De supresión del apartado segundo.*

### **IV. MOTIVACIÓN**

La normativa administrativa en materia de medio ambiente es abundante y contiene sanciones imponentes. En consecuencia, aquellos supuestos que no son susceptibles de causar grave perjuicio para el medio ambiente (elemento en el que se fundamenta el plus de antijuridicidad que justifica la tipificación de la conducta) encuentra mejor acomodo en el ámbito administrativo.

# 1.15. Falta de maltrato de animal doméstico

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

---

## *ART. 337 del Anteproyecto (Delito de maltrato de animal doméstico)*

### I. TEXTO

Art. 337

*“El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o amansado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales.”*

Art. 632

*“2. Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente sin incurrir en los supuestos previstos en el artículo 337 serán castigados con la pena de multa de 20 a 60 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 20 a 30 días.”*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 337: Se modifica el artículo 337, que queda redactado del siguiente modo:*

*“1. El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o amansado, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales domésticos o amansados.*

*2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

a) *Se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida del animal.*

b) *Hubiera mediado ensañamiento.*

c) *Se hubiera causado al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal.*

3. *Si se hubiera causado la muerte del animal se impondrá una pena de seis a dieciocho meses de prisión e inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales domésticos o amansados.*

4. *Los que, fuera de los supuestos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con una pena de multa de uno a seis meses."*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De modificación:*

*"4. Los que, fuera de los supuestos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con una pena de multa de uno a dos meses."*

### IV. MOTIVACIÓN

La posibilidad de incoar un procedimiento penal por tales hechos permite adoptar medidas cautelares que no pueden ser acordadas en un procedimiento administrativo sancionador.

No obstante, procede la reducción del límite máximo penológico previsto para que el delito pueda ser considerado materialmente como leve.

# 1.16. Falta de suelta de animales feroces o dañinos

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal*

*Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal*

*Universitat Jaume I de Castellón*

---

## *ART. 385 quáter del Anteproyecto (Delito de tenencia de animales peligrosos)*

### **I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 631*

*“1. Los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.”*

### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 385 quáter*

*“CAPÍTULO V. TENENCIA DE ANIMALES PELIGROSOS.”*

*“Artículo 385 quáter. Los dueños o encargados de la custodia de animales potencialmente peligrosos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal, creando un peligro para la vida o la integridad de las personas, serán castigados con la pena de multa de uno a seis meses.”*

### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*De supresión del Capítulo y, en consecuencia, del artículo que lo integra.*

#### IV. MOTIVACIÓN

No se justifica que se eleve la tipificación de esta conducta a la categoría de delito leve, fundamentándose en la creación de un peligro abstracto para la vida y la integridad física o la salud de las personas, cuando se elimina la tipificación de la causación de muerte por imprudencia leve (delito de resultado).

Si como consecuencia de tales hechos se produce el resultado, el Código Penal ya ofrece oportuna respuesta. Si no se causa daño alguno, el ámbito administrativo es suficiente para dar respuesta a estos casos.

# 1.17. Faltas de falsedad de moneda y efectos timbrados

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal*

*Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal*

*Universitat Jaume I de Castellón*

---

## *ART. 386 del Anteproyecto (Delito de falsificación de moneda)*

### I. TEXTO VIGENTE

Art. 386

*“Será castigado con la pena de prisión de ocho a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda:*

*1º El que altere la moneda o fabrique moneda falsa.*

*2º El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada.*

*3º El que transporte, expendo o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada.*

*La tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquella y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores. La misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiera moneda con el fin de ponerla en circulación.*

*El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expendo o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros.*

*Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código.”*

Art. 629

*“Serán castigados con la pena de localización permanente de dos a ocho días o multa de 20 a 60 días los que, habiendo recibido de buena fe moneda, billetes, sellos de correos o efectos timbrados falsos, los expendieran en cantidad que no exceda de 400 euros, a sabiendas de su falsedad.”*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 386: Se modifica el párrafo tercero del artículo 386, que queda redactado como sigue:*

*“El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expenda o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. No obstante, si el hecho, por el valor aparente de la moneda, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De supresión del inciso último:*

*“El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expenda o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros.”*

*En su defecto, de modificación del inciso último:*

*“El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expenda o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. No obstante, si el hecho, por el valor aparente de la moneda, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a dos meses.”*

## IV. MOTIVACIÓN

Se propone la destipificación de esta conducta cuando el valor de la moneda sea inferior a 400 euros. La vía civil otorga mecanismos suficientes para dar oportuna solución a tales supuestos.

En su defecto, y para el caso de que se considerara que debe perdurar la tipificación de esta conducta, se propone la reducción del límite penológico máximo previsto para los supuestos de escasa gravedad, a efectos de que se mantenga en el marco penológico previsto en el artículo 33 para las penas leves, a fin de que sea convertido en un delito leve (como dice la Exposición de Motivos) y no en un delito menos grave.

**ART. 389 del Anteproyecto (Delito de falsificación de efectos timbrados)****I. TEXTO VIGENTE**

Art. 386

*“Será castigado con la pena de prisión de ocho a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda:*

*1º El que altere la moneda o fabrique moneda falsa.*

*2º El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada.*

*3º El que transporte, expendo o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada.*

*La tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquella y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores. La misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiera moneda con el fin de ponerla en circulación.*

*El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expendo o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros.*

*Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código.”*

Art. 629

*“Serán castigados con la pena de localización permanente de dos a ocho días o multa de 20 a 60 días los que, habiendo recibido de buena fe moneda, billetes, sellos de correos o efectos timbrados falsos, los expendieran en cantidad que no exceda de 400 euros, a sabiendas de su falsedad.”*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

**Art. 389:** Se modifica el párrafo segundo del artículo 389, que queda redactado como sigue:

*“El adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyera o utilizara será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. No obstante, si el hecho, por el valor de los sellos de correos o efectos timbrados, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

De supresión del inciso último:

*“El adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyera o utilizara será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros.”*

En su defecto, modificación del inciso último:

*“El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expenda o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. No obstante, si el hecho, por el valor aparente de la moneda, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de veinte días a dos meses.”*

### IV. MOTIVACIÓN

Se propone la destipificación de esta conducta cuando el valor de la moneda sea inferior a 400 euros. La vía civil otorga mecanismos suficientes para dar oportuna solución a tales supuestos.

En su defecto, y para el caso de que se considerara que debe perdurar la tipificación de esta conducta, se propone la rebaja de los límites mínimos y máximos de la pena prevista en esta infracción penal para que pueda ser calificada como un delito leve, manteniendo el límite mínimo en el previsto en la actualidad en el Código Penal a fin de poder dar una respuesta proporcional a supuestos de ínfima entidad.

## 1.18. Falta de uso indebido de distintivos

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

---

***ART. 402 bis del Anteproyecto  
(Delito de uso indebido de distintivos e intrusismo profesional)***

### **I. TEXTO VIGENTE**

Art. 637

*“El que usare pública e indebidamente uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales, o se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea, será castigado con la pena de localización permanente de dos a 10 días o multa de 10 a 30 días.”*

### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 402 bis: Se introduce un nuevo artículo 402 bis, con la siguiente redacción:*

*“El que sin estar autorizado usare pública e indebidamente uniforme, traje o insignia que le atribuyan carácter oficial será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.”*

### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*De supresión.*

#### IV. MOTIVACIÓN

Esta conducta suele ser empleada como mecanismo de comisión de ulteriores conductas ilícitas. En consecuencia, el recurso a las figuras delictivas ulteriormente cometidas podría dar respuesta suficiente, quedando el desvalor jurídico de esta conducta consumido en el del delito al que sirve de mecanismo comisivo, sin que sea preciso la específica punición de la misma.

# 1.19. Derogación del Libro III

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

---

## *Disposición derogatoria del Anteproyecto*

### **I. TEXTO VIGENTE**

*No hay equivalente en el Código Penal en vigor.*

### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Disposición Derogatoria Única:*

*“1. Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

*2. Se derogan los artículos 89, 295, 299, 552, 555 y el número 2 del artículo 607 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

*3. Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en esta Ley Orgánica”.*

### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*De adición de un nuevo apartado tercero:*

*Introducir un apartado 4 en el artículo 142 con la siguiente redacción:*

*“1. Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

*2. Se derogan los artículos 89, 295, 299, 552, 555 y el número 2 del artículo 607 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

*3. Se deroga el Título III de la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, por la que se establece la Ley penal y procesal, en materia de navegación aérea.*

*4. Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en esta Ley Orgánica”.*

## IV. MOTIVACIÓN

La Disposición Derogatoria hace referencia, en materia de faltas, exclusivamente a la derogación del Libro III del Código Penal. Sin embargo, olvida el prelegislador que existen faltas penales tipificadas fuera de dicho texto punitivo, concretamente en la Ley aludida en el apartado que se propone adicionar. Si pretende eliminarse las faltas como categoría (y eso parece a la vista de la gran cantidad de artículos que se reforman sólo para eliminar de los mismos las referencias a las faltas) y se quiere ser coherente con dicha voluntad, deberían derogarse todas las faltas penales que puedan encontrarse en nuestro ordenamiento jurídico y no sólo las que se encuentran contenidas en el Código Penal. No sólo por coherencia, sino para evitar los problemas que el enjuiciamiento de las que sigan vigentes sin duda conllevará.

El apartado 3 de la Disposición aquí comentada, que expresamente dispone que “quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en esta Ley Orgánica” no se considera mecanismo suficiente para evitar el efecto distorsionador aquí evidenciado, por cuanto los apartados 1 y 2 de la Disposición Derogatoria establecen la derogación del Libro III y de determinados delitos del Código Penal, pero no la derogación (como se pretende) de todas las faltas existentes. Sólo de haberse previsto esto último podría considerarse implícitamente derogado el Título III de la Ley de navegación aérea, dado que mantener la vigencia del mismo entraría en contradicción con la Disposición Derogatoria del Anteproyecto. Sin embargo, no es eso lo que ha establecido el prelegislador en la misma.

## 1.20. Cuestiones procesales

**ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

*Contratado Doctor de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Letrada. Profesora Asociada de Derecho Penal  
Universitat Jaume I de Castellón*

---

### *Disposición Transitoria Cuarta (La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves)*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*No se encuentra ningún equivalente en el Código Penal vigente.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“Mientras no entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley y tipificados en los artículos 147.2, 147.3, 171.7, 172.3, 234.2, 249, 263, 274.2 párrafo 2º, y 270.1 párrafo 2º, tendrán la consideración de faltas penales a los efectos de la aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

*En concreto, los citados delitos leves serán considerados como faltas penales a los efectos de mantener la competencia de los Juzgados de Instrucción, de los Juzgados de Paz y de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en cuanto a su conocimiento y fallo, conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 5 del artículo 14 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

*Del mismo modo, la instrucción y el enjuiciamiento de dichos delitos se sustanciarán conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario.”*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*De modificación:*

*“Mientras no entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, la instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley y los tipificados en los artículos 147.2, 147.3, 171.7, 172.3, 234.2, 249, 263, 274.2 párrafo 2º y 270.1 párrafo 2º, se sustanciarán conforme al procedimiento previsto para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos previsto en el Título III del Libro IV de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario.”*

### ***Disposición Transitoria Quinta (Enjuiciamiento de faltas en tramitación)***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*No se encuentra ningún equivalente en el Código Penal vigente.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“1. La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley, por hechos que resultan tipificados como delitos leves, continuará sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

*2. La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal.*

*Si continuare la tramitación, el Juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*De modificación:*

*“1. La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley, por hechos que resultan tipificados como delitos leves, continuará sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos previsto en el Título III del Libro IV de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

*2. La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifieste expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto bueno del Ministerio Fiscal.*

*Si continuare la tramitación, el Juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”*

#### **IV. MOTIVACIÓN CONJUNTA A AMBAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

Afirma la Fiscalía General del Estado en su informe al Anteproyecto que el someter el enjuiciamiento de los nuevos delitos leves al procedimiento de faltas constituye un fraude de etiquetas, siendo más apropiado aplicar el procedimiento previsto para los juicios rápidos, por resultar más garantista. Teniendo en cuenta que en el procedimiento de faltas no hay prevista fase instructora y que no es preceptiva la presencia de Letrado (circunstancias que no concurren en los juicios rápidos en los que sí hay una instrucción, aunque sea breve y es precisa la presencia de Letrado) coincidimos con la Fiscalía en que resultaría más apropiado dicho procedimiento que el que se prevé en el Anteproyecto. Motivo por el cual se propone la modificación señalada.

## 2. DEFINICIONES: DISCAPACIDAD

MARÍA ACALE SÁNCHEZ  
Catedrática de Derecho penal  
Universidad de Cádiz

---

### *ART. 25 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 25

*“A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“A los efectos de este Código se entiende por “discapacidad” aquella situación en que se encuentra una persona que tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.*

*Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por “persona con discapacidad necesitada de especial protección” a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“A los efectos de este Código se considera en situación de “discapacidad” a aquella persona necesitada de especial protección, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, que requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de*

*su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.*

#### IV. MOTIVACIÓN

Aunque se valora positivamente la sustitución del término “incapacidad” por el de “discapacidad”, a fin de respetar la diversidad personal y de acomodar —de paso— la regulación penal a los términos que utiliza la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia, así como a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006 (en la línea además de la reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delito, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo), se propone modificar su contenido —básicamente, eliminando su número primero— teniendo en consideración que la utilidad de ese concepto en el Código penal es la de proteger especialmente a determinadas personas, dotando de contenido a un elemento típico de determinados delitos, no la de visibilizar las circunstancias que impiden a las personas que pasan por estas situaciones disfrutar plenamente de los derechos de ciudadanía: para eso está en el ordenamiento jurídico español la Ley 39/2006.

En esta línea, la Disposición adicional primera del Anteproyecto señala que “1. Todas las referencias hechas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, a los términos “incapaz” e “incapaces” deben entenderse sustituidas por los términos “persona o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

Por tanto, ello determina que el hecho de que una persona tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás personas, por sí mismo no determina la especial protección que se merecen las personas con discapacidad a efectos penales, pues todavía

es necesario que a pesar de esa discapacidad, estén “necesitadas de especial protección”. Por ejemplo, el padecer una cojera, o sordera, no tiene por qué determinar siempre la condición de una persona como discapacitada a los efectos de otorgarle una mayor protección penalmente (por ejemplo, en los delitos de lesiones del art. 148, de exhibición obscena del art. 185 o de detenciones ilegales del art. 165), aunque la cojera o la sordera sean causas que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las personas que no sufran esas discapacidades.

Ahora bien, además de como característica que de concurrir en el sujeto pasivo, determina la imposición de una pena superior, también se recurre a la “discapacidad” en otros lugares del Código. En este sentido, los vigentes arts. 22.4, 177 bis.c), 607 y 607 bis incorporan como causa de discriminación la “discapacidad” de la víctima. A estos preceptos, que se mantienen en el Anteproyecto, hay que unirles lo establecido en los arts. 520 y 515.5 del Anteproyecto, que han sustituido la referencia a la enfermedad o “minusvalía” por la de “enfermedad” o “discapacidad”.

En esta línea, y por otra parte, urge la reforma del art. 314, que castiga dentro de los delitos contra los derechos de los trabajadores, la discriminación laboral contra alguna persona por razón —entre otros motivos— de su “enfermedad o minusvalía”.

En ninguno de estos casos puede interpretarse la discapacidad que sufre la persona, con el concepto de persona discapacitada propuesto, en la medida en que se trata de cuestiones distintas. También con la redacción vigente del Código, cuando es necesario interpretar el concepto de discapacidad en estos supuestos, nuestros tribunales lo interpretan de espaldas a lo establecido en el art. 25.

En definitiva, se persigue el tratamiento tuitivo, paternalista y pietista por parte del Código penal de lo que no son más que situaciones diversas, que no tienen por qué estar definidas penalmente de forma expresa.

# 3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

**JUAN M. TERRADILLOS BASOCO**

*Catedrático de Derecho penal  
Universidad de Cádiz*

---

*ART. 31 bis.5 del CP, tras la reforma operada por LO 7/2012,  
de 27 de diciembre*

## I. TEXTO VIGENTE

*Artículo 31.bis, 5*

*«5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».*

## II. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Art. 31.bis, 5*

*“5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales o ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”.*

### III. MOTIVACIÓN

A)

La LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, es representativa de todo un modo de hacer política criminal. Mientras desde el mes de julio de 2012 se venían conociendo borradores de un ambicioso proyecto de reforma penal que afecta a las estructuras mismas del Código, se tramitaba y culminaba, a ritmo vertiginoso —lo que, en la materia, supone desmedro de la publicidad y el debate— una importante reforma que modifica, entre otras cosas, el ámbito de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Reforma, pues, dentro de la reforma, atinente, además, a un precepto, el art. 35 bis, que, introducido por la LO 5/2010, no ha tenido aplicación práctica y cuya eficacia no ha podido ser constatada ni rebatida. Política criminal, en definitiva, de parcheo intuitivo para hacer frente a problemas graves con medios cuya idoneidad nadie se ha molestado en probar.

B)

La enmienda al nuevo art. 35.bis.5 se limita a volver al texto previo a la LO 7/2012, para mantener fuera del marco de exigencia de responsabilidad criminal a partidos políticos y sindicatos.

C)

Los riesgos e inconvenientes originados por la exigibilidad de responsabilidad penal a partidos políticos y sindicatos, resultan obvios. De ahí que la LO 5/2012 —cuyo Preámbulo permanece mudo al respecto— los excluyera del ámbito de aplicación del art. 31 bis.

Si el argumentario de la LO 5/2012 para excluir la responsabilidad penal de partidos políticos y sindicatos era inexistente, el de la LO 7/2012, para incluirla, carece de contenido: la Exposición de Motivos, II, alega que, “*de este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación*”.

De nuevo preocupa al legislador, más que la impunidad —evidente por otra parte, pero con causas conocidas y ajena a los alcances del art.

31 bis—, la percepción social de la impunidad. Es decir, una vez más se decanta por una respuesta penal eminentemente simbólica.

En aras de objetivos simbólicos, se sacrifican los funcionales preventivos, al precio de abrir nuevos espacios a la judicialización represiva de la vida política y de la dinámica sindical.

El riesgo es grave. En efecto, la LO 7/2012 mantiene al margen del régimen general de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas tanto a las “*Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*”, como a otras instituciones, por ejemplo los organismos reguladores, que, se acepta, desempeñan funciones de interés general. El alto interés de esas funciones, aconseja no la impunidad de sus agentes, pero sí la cautela necesaria para que una ilimitada intromisión judicial penal no dé al traste con la división de poderes.

Es obvio, sin embargo, que el interés general así tutelado no es más relevante que el constitucionalmente atribuido a las funciones de partidos y sindicatos: según el art. 6 de la Constitución, “*Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley...*”. Y el art. 7 constata que “*Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios*”.

Si se desea mantener un mínimo de coherencia valorativa y política, no se puede, selectivamente, excluir la responsabilidad criminal de sujetos asociativos o institucionales en razón de los intereses generales que representan y tutelan, y exigírsela a partidos y sindicatos, que, constitucionalmente, tienen atribuidas competencias y funciones de interés superior.

El riesgo de ampliar la intervención criminalizadora en ámbitos especialmente sensibles, como el de la libertad de actuación política o sindical —que en una democracia deben ser potenciados y no restringidos— es obvio: es tras la huelga general de 29 de marzo de 2012 cuando el Ministro del Interior anunció que partidos políticos y sindicatos responderían penalmente por los delitos cometidos por

sus afiliados participantes en manifestaciones convocadas por aquellos. El 31 de octubre el Ministro de Justicia, sin desmentir ni confirmar lo anterior, manifestó, en sede parlamentaria, su propósito de acabar con el “*privilegio*” (sic) que supone la exclusión de partidos políticos y sindicatos del régimen general de exigencia de responsabilidad criminal a las personas jurídicas.

Cierto que la parte especial del CP no recoge hoy expresamente supuestos de exigencia de responsabilidad criminal en delitos que constituyen exasperación patológica de clásicos derechos sindicales como los de reunión, manifestación, defensa y expansión de la huelga, etc. Pero ello no minimiza los riesgos de utilización espuria de la intervención penal: cuando, en la parte general, se han sentado las bases de la criminalización, no han de faltar voces que, en un futuro inmediato, apelando a la coherencia, exijan la previsión legal expresa de penas para la persona jurídica en aquellos delitos. Lo ha demostrado convincentemente FERRAJOLI: cuando opciones expansivas se infiltran, apelando a la ideología de la emergencia, en el sistema penal, se constituyen en un peligroso caballo de Troya que se enquistaba en él, infectándolo en su totalidad.

Si los riesgos políticos de la opción seguida por el legislador español son obvios, no son menores las dificultades técnicas de incardinar la responsabilidad penal de partidos políticos y sindicatos en un entramado normativo diseñado para exigirla a empresas por la comisión de delitos socioeconómicos.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliamente aceptada en Derecho comparado, fue incorporada al ordenamiento español en los últimos meses de mayoría parlamentaria socialista. Se pretendía con ello responder eficazmente a la criminalidad económica y financiera protagonizada por sujetos económicos que actúan prácticamente siempre bajo la forma de sociedades mercantiles. De ahí que el CP español decidiera castigar, además de a la persona física responsable, a la sociedad, cuando sus representantes y directivos, o sujetos no debidamente controlados por éstos, actúen delictivamente por cuenta de aquélla y en su provecho.

Administradores de hecho o de derecho, sometimiento a la autoridad de otros, provecho, actividades sociales, son elementos que, perfectamente

identificables en la estructura empresarial, solo con calzador pueden integrarse en la de las organizaciones políticas o sindicales. Aunque sonoros acontecimientos (Gürtel, Bárcenas, Pallerols, EREs, etc.) que afectan a la credibilidad de algunos partidos políticos —no hay causas abiertas contra los sindicatos, a los que también apunta, sin embargo, el nuevo art. 31 bis.5— puedan provocar la reivindicación espontánea de una intervención penal mejor cuanto más amplia, no es menos cierto que lo importante es que esa intervención penal sea eficaz. Y si la eficacia, como es obvio, no se ha logrado, ningún analista reconocido ha imputado ese pobre resultado a las posibles limitaciones del art. 31 bis

D)

Más allá de acontecimientos concretos, algunos de ellos *sub iudice*, es incontestable la ineficacia del sistema penal frente a la gran delincuencia de cuello blanco, máxime cuando va asociada a la corrupción política. Lo que, por otra parte, es la regla común; tal como ya enseñara el análisis económico del Derecho, la corrupción política es condicionante de ese tipo de criminalidad.

Pero la ineficacia no es atribuible a una legislación penal cuyas lagunas hagan imposible su persecución. Si así fuere, sería lícito buscar nuevas o más amplias vías de criminalización, incluidas las ensayadas por el reformado art. 31 bis.5. No es el caso: el ordenamiento cuenta con instrumentos de Derecho penal sustantivo que permiten una persecución efectiva. Si no se ha logrado, habrá que identificar las deficiencias en otros ámbitos: actuación policial poco eficaz o condicionada por la corrupción, mecanismos pre-penales de inspección y control inidóneos o contaminados, ausencia de voluntad política de investigación, falta de adecuación de los cauces del proceso penal, recurso arbitrario a indultos no justificables, etc., etc.

Y, sin embargo, es posible, *de lege data*, recurrir a la respuesta penal, y no liviana, para hacer frente a las conductas delictivas cometidas en el seno de partidos políticos y sindicatos.

El propio art. 31 bis.5 dispone que *“los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores,*

*administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.*

En orden descendente, tanto la Ley Orgánica de Libertad Sindical como la Ley de Partidos Políticos arbitran sistemas de control, administrativo y judicial, tanto de su constitución como de su funcionamiento. Lo que permite dar respuesta a las situaciones de conflicto acudiendo a criterios más adecuados a la función institucional de partidos y sindicatos que los que puede incorporar el CP.

En concreto, la Ley de Partidos Políticos, precursora directa, en la autorizada opinión de CARBONELL MATEU y MORALES PRATS, de la introducción en nuestro ordenamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, contiene “*auténticas penas, con independencia de matices nominalistas de escasa significación real*” (CARBONELL-MORALES, 2010, 78).

Por otra parte, siguen vigentes los tipos que criminalizan la asociación ilícita. En concreto, el art. 515 queda redactado, en el Anteproyecto, como sigue: “*Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión*”. Teniendo en cuenta que el Anteproyecto, que destipifica las faltas, suprime en este artículo la alusión al objetivo de comisión reiterada de faltas, queda abierta la posibilidad de entender que la asociación es ilícita incluso cuando se propone cometer un solo delito; que, en el Anteproyecto, puede ser un delito leve.

*Item* más: el art. 519 impone a jueces y tribunales la obligación de disolver las asociaciones ilícitas.

La amplitud —o, quizá mejor, la indefinición— del tipo básico de asociación ilícita hace desaconsejable la expansión que impone el art. 31 bis.5, en la redacción que le ha dado la LO 7/2012, por los riesgos que comporta. Sin olvidar que esa amplitud se superpone a la que caracteriza a los preceptos que definen y castigan los delitos de organización y grupo criminales, que, de hecho, son, por su mayor gravedad, ley preferente frente a los tipos de asociación ilícita (FARALDO, 2012, 355-358).

No existían, pues, antes de la LO 7/2012, lagunas normativas que impidieran la persecución penal de asociaciones u organizaciones que, bajo la forma de partidos políticos o de sindicatos, persigan objetivos

delictivos. Incorporar ahora una novedad legal que comporta riesgo real de limitar, cuando no de yugular, los derechos de participación política y de actuación sindical, no es respuesta adecuada a la corrupción política, es una opción paradigmática de Derecho penal simbólico.

Cuando no se asumen responsabilidades en el diseño e implementación de políticas criminales de amplio espectro —con sus costes políticos— el Estado abandona sus objetivos preventivos para conformarse con opciones simbólicas de huida al Derecho penal. Es lo que ha hecho, en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, la LO 7/2012.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010, págs. 55 a 86.
- FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones delictivas en el Código penal español*, Valencia, 2012.

## 4. SISTEMA DE PENAS

### 4.1. Prisión permanente revisable: Arts. 36 (3 y 4), 70.4, 76.1, 78 bis, 92, 136 y concordantes en la Parte Especial

MARÍA ACALE SÁNCHEZ  
Catedrática de Derecho penal  
Universidad de Cádiz

---

#### *ART. 36 apartados 3 y 4 del Anteproyecto*

##### I. TEXTO VIGENTE

*No tiene correspondencia.*

##### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“3. En el caso de que hubiera sido impuesta una pena de prisión permanente revisable, la clasificación del condenado en el tercer grado no podrá efectuarse:*

*a. Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.*

*b. Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos.*

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

*En estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso de previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b).*

*4. En todo caso, podrá acordarse la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal, valorando especialmente su dificultad*

*para delinquir y escasa peligrosidad, en el caso de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables. En estos supuestos, la progresión a tercer grado deberá ser autorizada por el Tribunal previo informe del Ministerio Fiscal.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Eliminación.*

### IV. MOTIVACIÓN

La inclusión en el Código de la pena de prisión permanente revisable ha de ser abiertamente rechazada en el marco del Derecho penal democrático definido en la Constitución de 1978 y ello a pesar de la justificación “europea” que en opinión del pre-legislador tiene su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, amparándose una vez más en el consabido complejo de inferioridad que le caracteriza, en virtud del cual ha sido capaz de renunciar a instrumentos nacidos en España, para dar cabida a instituciones en vigor en otros ordenamientos jurídicos, afirma que “*se trata en realidad, de un modelo extendido en el Derecho comparado europeo*”, y arguyendo que “*el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos humanos, que ha declarado que cuando la Ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al art. 3 del Convenio*”. Omite el legislador español en su justificación que lo que ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cada vez que se ha manifestado en torno a la cadena perpetua revisable existente en ordenamientos como el francés, el alemán o el italiano, ha sido interpretar la letra de la ley francesa, alemana o italiana, con el fin de conservar lo que había, y lo ha hecho partiendo del principio de interpretación histórica. Distinto es lo que pretende el legislador español y es precisamente beneficiarse en 2012 de una lectura forzada que viene haciendo el

Tribunal Europeo de Derechos Humanos de penas perpetuas anteriores a la propia Convención Europea de Derechos humanos.

Por otro lado, aunque es cierto que ordenamientos jurídicos próximos como el alemán, el italiano o el francés contemplan la pena de cadena perpetua, se trata de cadenas que, de perpetuas, solo tienen el nombre, pues los condenados ven revisadas sus sentencias. En efecto, en Alemania las penas de prisión tienen una duración de 1 mes a 15 años, admitiéndose también la cadena perpetua (art. 38 *StGB*). No obstante, no se trata en puridad de principio de una «cadena perpetua», en la medida en que se prevé a los 15 años su revisión. Fue el Tribunal Constitucional alemán el que en 1967 determinó la necesidad de que también para los condenados a cadena perpetua la pena de prisión pudiera desplegar la finalidad de reinserción social, por lo que se les abrió la puerta a la libertad condicional y, con ello, desapareció del ordenamiento alemán la reclusión de por vida. No muy distinto se presenta el panorama en el ordenamiento jurídico francés. En efecto, también el *Code pénal* contempla la pena de cadena perpetua, junto a las penas privativas de libertad temporales cuyo máximo es de 30 años (art. 131-1). Y también aquí, a pesar de la inclusión literal de tal clase de cadena, ésta no es tan perpetua, en la medida en que el art. 132-23 establece que si bien, por un lado, hasta cumplidos 18 años de condena no podrá disfrutar el reo de beneficios penitenciarios (período de seguridad), a partir de ese momento podrá alcanzar la libertad condicional. En Italia, finalmente, por lo que toca al *Còdice Penale* su art. 22 contempla la cadena perpetua —ergástolo— y supone el cumplimiento en un establecimiento penitenciario específico, sometiendo a los condenados a la misma a la obligación de trabajar, y bajo un régimen penitenciario de aislamiento nocturno. Pero también este caso, se prevé tras la Sentencia de la Corte Constitucional núm. 264, de 21 de noviembre de 1962, la concesión de la libertad condicional al condenado a cadena perpetua a fin de alcanzar el fin de la reinserción social del mismo. Con lo cual, se está ante otra cadena perpetua que no lo es, pues tiene fin.

Antes de descender al análisis de su concreto contenido y de los términos empleados por el pre-legislador a la hora de definirla, ha de señalarse con carácter preliminar lo siguiente:

1. La prisión permanente “revisable” no calza bien con el conjunto del Anteproyecto. En este sentido, basta empezar a leer su Exposición de Motivos para constatar lo que se dice: en efecto, allí se señala que en la base de la elaboración del texto sometido a tramitación parlamentaria se encuentra “la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia”, lo que según se establece “hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”; por ello, en un contexto de desconfianza absoluta hacia la labor judicial, “confiar” en jueces y/o tribunales (no queda tampoco claro quién es el órgano judicial encargado de aprobar la clasificación penitenciaria en tercer grado porque según establece el párrafo 2º del art. 36 del Anteproyecto deberá ser autorizada “por el Tribunal”, sin que se sepa si es que se va a crear un “Tribunal de vigilancia penitenciaria” para velar por la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, si es un error y debería decir “Juzgado de vigilancia penitenciaria” o si por “Tribunal” se está haciendo referencia al Tribunal sentenciador, con lo que se estaría poniendo de manifiesto que la revisión de la pena queda en manos del Tribunal sentenciador como dosificador del castigo, con lo que —por otro lado— se estaría confirmando que se trata de una pena de configuración autónoma a la pena privativa de libertad. Ha de tenerse en consideración que la Exposición de Motivos afirma que será un “tribunal colegiado”, pero nada añade sobre su naturaleza penal o penitenciaria) en la puesta en marcha de la pena de prisión permanente “revisable” que, sin duda alguna, y vistos los asesores en materia político-criminal que han rodeado al Gobierno en la elaboración de esta propuesta, es el último recurso, la pena más grave, la pena máxima, no es compaginable.

2. La clasificación en grados de tratamiento penitenciario del penado debe regularse en el ámbito de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, no dentro del Código penal porque da lugar a que se confundan y a que se utilice el camino hacia la reinserción social del condenado instrumentalmente, es decir, como forma de aumentar la afflictividad de la pena. Ciertamente, los números 3 y 4 del art. 36 en el Anteproyecto se limitan a ampliar el contenido del vigente art. 36.2 que desde la reforma que del mismo operó la LO 7/003 ya se encarga de regular el periodo

de seguridad. Por tanto, la crítica se hace extensiva a lo dispuesto en el art. 36.2.

3. Desde esta perspectiva, el Derecho penitenciario debe ser proactivo, esto es, ir dirigido a facilitar la vuelta de quien está cumpliendo la pena a vivir en libertad, no a impedir que lo haga por la misma duración de la pena impuesta. En efecto, la mera redacción del art. 36.3 está poniendo de manifiesto que su finalidad no es permitir el acceso sino impedirlo: lo que se señala de forma literal al establecer que la clasificación del condenado en tercer grado “no podrá efectuarse”, o que “no podrá disfrutar de permisos de salida” en el último párrafo del número 3º, ignorando que tanto la clasificación penitenciaria como los permisos de salida no son un “premio” sino parte esencial del tratamiento del penado, en su “preparación para la vida en libertad” (art. 47.2 LOGP).

4. La pena de “prisión permanente revisable” no existe dentro del art. 33 que es el que clasifica las penas: ciertamente, en este lugar el legislador se limita a considerar pena grave a la “prisión superior a cinco años”, y superior a tales años es aquella. Ahora bien, lejos de la normalidad con la que pretende el legislador incorporarla al Código, se trata de una pena sustancialmente distinta a la pena de prisión, en la que es esencial la orientación y el contenido resocializador, al tener el penado la certeza de topes cronológicos máximos en cuanto a su duración: desde la propia Exposición de motivos se confunde la idea de la permanencia en la ejecución con la “indeterminación” de la duración de la misma, al afirmarse que persigue la imposición de una pena de prisión de “duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión”.

Tampoco se define —acotándola— dentro de la Sección 2ª (“de las penas privativas de libertad”) del Capítulo Primero (“De las penas, sus clases y efectos”), del Título III (“De las penas”) la pena de prisión permanente revisable, privándole por tanto de un lugar autónomo dentro del articulado del Código. El hecho por otra parte de que el art. 36.1 no haya sido modificado, y que siga señalando que “la pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código” da lugar a engaños porque una cosa es que determinados delitos se castiguen con penas de prisión de mayor duración, o que las reglas del concurso real de delitos permitan el cumplimiento íntegro de penas de

prisión superiores a 20 años, y otra cosa es que se admitan penas no solo más largas, sino con una carga aflictiva para el penado mucho mayor (la prevención especial se limita ahora a intimidar al penado condenado por la dureza de la ejecución de la pena impuesta) y que además se corresponde con un mayor rechazo por parte de la sociedad (prevención general de amenaza): se trata pues de una pena diseñada de tal forma que explota su contenido aflictivo, pasando al ostracismo la finalidad reinsertadora de la pena en sí misma considerada.

La falta de definición de esta pena choca con el principio de “seguridad jurídica” que, como es sabido, fue invocado —y manipulado, de acuerdo a la política criminal subyacente al conjunto de la reforma— en la Exposición de Motivos de la LO 7/2003 en los siguientes términos: “Consecuencia lógica de estos derechos y exigencia necesaria del principio de seguridad jurídica que rige nuestro ordenamiento, es el derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta”.

5. El número 3º por lo demás, puede dar lugar a equívocos, en la medida en que señala una serie de plazos más largos para la clasificación del condenado en tercer grado si lo es por “un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código”, que cuando se trate de otros delitos castigados con esa pena; en efecto, solo el delito de asesinato terrorista del art. 572.2.2 tiene prevista la pena de prisión permanente revisable, no el resto de delitos de “las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”. Por otro lado, el hecho de que actualmente, la banda terrorista ETA haya abandonado el uso de las armas, pone en tela de juicio la necesidad de esta disposición expresa, así como la falta de confianza del propio Gobierno en que se trate de un abandono “definitivo”, pues de ser así, se trataría de un precepto difícilmente aplicable.

Por otro lado, si se profundiza ahora en el conjunto de delitos castigados con la pena de prisión permanente revisable, no se alcanza a comprender el mayor castigo de los autores del asesinato terrorista del art. 572.2.2, que del asesinato de un menor de 16 años de edad, o de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad física o mental (art. 140.1), en la medida en que los plazos

de cumplimiento de “prisión efectiva” para alcanzar la revisión de la pena son más prolongados que si se comete cualquiera del resto de delitos castigados con esta pena (*vid. supra*).

6. Desde una perspectiva victimológica, ha de subrayarse el hecho de que el Anteproyecto lleva a cabo una diferenciación entre las víctimas de los delitos castigados con esta pena y las víctimas de delitos castigados con penas de prisión temporales: así, no se entiende el motivo por el cual cuando se trata de una pena de prisión temporal superior a cinco años, la clasificación penitenciaria será adoptada por el Juzgado de Vigilancia penitenciaria “previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento...”, mientras que si se trata de la pena de prisión permanente revisable las acusaciones particular y popular carecen de voz y voto, en la medida en que “el Tribunal” adoptará la decisión oídos el Ministerio fiscal e Instituciones penitenciarias, ignorando en este caso las vindicaciones victimales. No puede olvidarse en este punto la presión que determinados grupos de víctimas organizadas han ejercido sobre el propio Gobierno para que incluyera la pena de prisión permanente revisable en el Código, cuyas expectativas de alcanzar un papel relevante en la vida penitenciaria del penado quedan así completamente insatisfechas.

7. El hecho de que expresamente el número 4 del art. 36 establezca que “en todo caso, podrá acordarse la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal” está subrayando que a no ser que el penado padezca una enfermedad muy grave con padecimientos incurables que le impida delinquir, los motivos humanitarios, pero sobre todo, el respeto a la dignidad personal, brillan por su ausencia en la pena de prisión permanente revisable (dentro del número 4º tampoco se entiende por qué el informe favorable a la clasificación en tercer grado será realizado exclusivamente por el Ministerio Fiscal, sin darle participación a Instituciones penitenciarias ni a las demás partes, como ocurre en el número 3º).

8. Por lo que toca al catálogo de delitos castigados con la pena de prisión perpetua revisable, con la excepción del asesinato del art. 140 y el

asesinato terrorista del art. 572.22 (es decir, los delitos de homicidio del rey del art. 485, homicidio de un jefe de Estado extranjero del art. 605.1, genocidio de los números 1 y 2 del art. 607 y delito de lesa humanidad del art. 607 bis.1), se trata de delitos que desde que han sido incorporados al Código, apenas han sido aplicados. Sí es cierto que España en aplicación del principio de justicia universal podría declararse competente para juzgar estos delitos cometidos en el extranjero, sin olvidar que la *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* vino a anular las garantías del principio de justicia universal al señalar en el art. 23.4 que la jurisdicción española será competente para conocer de los delitos de genocidio y lesa humanidad aunque para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles, lo que supuso cavar la tumba del principio de lesa humanidad.

9. Si se tiene en consideración que algunos de los condenados por los delitos que tienen prevista la pena de prisión permanente revisable una vez que cumplan esos largos periodos en prisión, van a verse sometidos al cumplimiento de una medida de seguridad de custodia se seguridad por un periodo de 10 años de privación más, que tal como ha quedado regulada en el Anteproyecto, y a la vista de lo establecido en el art. 101.4, puede cumplirse en el mismo establecimiento penitenciario que la prisión permanente revisable y que, cuando recupere la libertad custodiada, se le impondrá al sujeto una medida de libertad vigilada con una duración máxima de 5 años (art. 101.6) que podrá ser prorrogada por plazos sucesivos de una duración máxima de cinco años cada uno de ellos (art. 104 ter), aunque sin que se señale por cuantos periodos sucesivos pueden prorrogarse, se está afirmando que la prisión permanente revisable es el primero de los eslabones de la cadena perpetua en el Anteproyecto.

10. Por todo ello, la pena de prisión permanente revisable se contrapone a los principios básicos del Derecho penal garantista consagrado en la Constitución de 1978 como son los de prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15), legalidad (art. 25.1), y ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2).

### ***ART. 70 apartado 4 del Anteproyecto***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Carece de concordancia.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“La pena inferior en grado a la prisión permanente revisable es la pena de prisión de veinte a treinta años”.*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Eliminación.*

#### **IV. MOTIVACIÓN**

En coherencia con la propuesta de supresión de la pena de prisión permanente revisable.

### ***ART. 76 apartado 1 del Anteproyecto***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Carece de concordancia.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“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 artículos 92 y 78 bis”.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Eliminación.*

## IV. MOTIVACIÓN

En coherencia con la propuesta de supresión de la pena de prisión permanente revisable.

Pero además ha de tenerse en cuenta que la remisión a los arts. 92 y 78 bis, en todo caso, no solventa la cuestión del tiempo máximo de cumplimiento para el sujeto que ha sido condenado por varios delitos, siendo así que uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable.

En efecto, el art. 92 señala unos plazos para suspender la ejecución de la pena de prisión permanente revisable impuesta como pena única al autor de un único delito: si se atendiera a ellos, la propia disposición causaría un gravísimo efecto criminógeno, en la medida en que, cometido un delito con pena de prisión permanente revisable, el resto de delitos no tendría respuesta penal alguna.

Por su parte, el art. 78 bis, ahora sí, establece los plazos y requisitos para que el condenado a través de las reglas del concurso real, pueda alcanzar la suspensión de la ejecución de la pena así como la libertad condicional: esto determinaría que en el peor de los casos, la remisión al art. 92 es superflua porque lo único que consigue es que el juzgado o tribunal tenga que recurrir a las reglas del concurso de normas, que determinarán en atención al principio de especialidad (art. 8.1), la aplicación del art. 78 bis.

***ART. 78 bis del Anteproyecto*****I. TEXTO VIGENTE**

*Carece de concordancia.*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“1. En los casos previstos en el apartado e) del artículo 76 de este Código la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento:*

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

*b. de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una de prisión permanente revisable.*

*2. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido:*

*a. un mínimo de veinticinco años de prisión, en el supuesto al que se refiere la letra a) del apartado anterior*

*b. un mínimo de treinta años de prisión en el de la letra b) del apartado anterior.*

*3. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en el supuesto al que se refiere la letra a) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra b) del apartado primero.*

*En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en el supuesto al que se refiere la letra a) del apartado primer, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra b) del apartado primero.”*

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Eliminación.*

#### IV. MOTIVACIÓN

En coherencia con la propuesta de eliminación de la pena de prisión permanente revisable.

Se trata de una especie de compendio de Derecho penitenciario específico para condenados a la pena de prisión permanente revisable, que por ello mismo y, en todo caso, debería estar ubicado dentro de la LOGP: su inclusión en el Código hace que se confundan los fines preventivo generales y especiales de la pena con la reinserción social, única finalidad que ha de buscar la pena privativa de libertad en fase ejecutiva.

En la medida en que se trata además de un Derecho penitenciario reactivo no proactivo, y cuyo fin no es alcanzar la reinserción social, sino postergarla, no es en puridad de principios un “Derecho penitenciario democrático”, a pesar de lo penitenciario de su contenido.

En todo caso, existen errores sintácticos que restan sentido al precepto:

- Así, según la regla prevista en el art. 78 bis en el apartado 1.a, cuando se trate de un concurso real de delitos se alcanzará el tercer grado cuando haya cumplido 18 años de prisión si ha sido condenado por varios delitos y uno de ellos está castigado con la pena de prisión perpetua revisable y el resto de las penas impuestas “sumen total que exceda de cinco años”: esa previsión es errónea, y no se entiende. Pero puede que quiera decir que el resto de penas impuestas “sumen un total que no exceda de cinco años”. De ser así, debe corregirse su letra, pero además debería señalar expresamente cuándo se alcanza el tercer grado cuando se trata de condenados a una pena de prisión perpetua revisable y otras penas que exceden de cinco años en total.

Además, el resto de penas se supone que lo son por delitos distintos, ¿se suman aritméticamente y ya está?

Nótese que cuando se trata de un condenado a una sola pena de prisión perpetua revisable según el art. 36 alcanzaría el tercer grado a los 15 años como regla general, y si es en caso de varias penas a los 18: con lo cual, visto el escaso número de años que les separan, se puede causar

el efecto criminógeno de que el criminal, si analiza en términos micro-económicos la pena y los delitos, decida cometer más de uno.

Por otro lado, si se trata de un delito del art. 572.2.2 a los 20 años, y si es de varios delitos castigados con pena de prisión perpetua revisable, a los 22.

A esto se añade la regulación de la “*suspensión de la ejecución del resto de la pena*”, antesala todavía de la libertad condicional que se producirá en su caso, más tarde.

- si se trata de varios delitos y uno de ellos está castigado con prisión perpetua revisable, a los 25 años como “mínimo”
- y si se trata de varios delitos y dos o más de ellos están castigados con una pena de prisión permanente revisable, a los 30 años, como “mínimo”.

El núm. 3 del art. 78 bis es muy confuso. En el fondo, lo que hace es dar reglas específicas sobre la clasificación en tercer grado y el alcance de la libertad condicional/suspensión de la ejecución del resto de la pena para el caso del condenado por varios delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, cuando uno de ellos esté castigado con la pena de prisión permanente revisable: debería hacerse mención exclusivamente al art. 572.2.2 pues es el único delito dentro de ese Capítulo que ha sido castigado con la pena de prisión permanente revisable.

### ***ART. 92 del Anteproyecto***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Carece de concordancia.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“1. El Tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

a) *Que el penado haya cumplido de forma efectiva veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.*

b) *Que se encuentre clasificado en tercer grado.*

c) *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 una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el Centro Penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.*

*En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 se realizará con relación al conjunto de delitos cometidos valorado en su conjunto.*

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

3. *La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo 2º del artículo 80.1 y en los arts. 82.2 y 83 a 87 de este Código.*

4. *Extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el Tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, sobre el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional. El Tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Eliminación.*

### IV. MOTIVACIÓN

En coherencia con la supresión de la pena de prisión permanente revisable.

#### *ART. 136 del Anteproyecto*

### I. TEXTO VIGENTE

*Carece de concordancia.*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

2. Para la cancelación de las condenas impuestas por los delitos previstos en este apartado, salvo que por la pena impuesta corresponda un plazo superior conforme al apartado 1 de este artículo, el plazo necesario para la cancelación sin que el penado haya vuelto a delinquir será el siguiente:

a. 25 años para las penas impuestas por delitos de terrorismo, las penas de prisión permanente revisable y las impuestas por la comisión de delitos imprescriptibles.

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

“2. Para la cancelación de las condenas impuestas por los delitos previstos en este apartado, salvo que por la pena impuesta corresponda un plazo superior conforme al apartado 1 de este artículo, el plazo necesario para la cancelación sin que el penado haya vuelto a delinquir será el siguiente:

a. 25 años para las penas impuestas por delitos de terrorismo y las impuestas por la comisión de delitos imprescriptibles”.

#### IV. MOTIVACIÓN

Se suprime la referencia a la cancelación del antecedente penal de una pena de prisión permanente revisable, en coherencia con la propuesta de eliminación de la propia pena.

A pesar de ello, supongamos el caso de una persona de 18 años que comete un delito del art. 140. Alcanzaría la suspensión de la ejecución de la pena tras 25 años de cumplimiento “*de forma efectiva*”, es decir, con 43 años —si es que se dan el resto de requisitos, que en la medida en que, sin duda, esta reforma va a venir a enriquecer más aún el ambiente carcelero, serán difíciles de alcanzar—. Tendrá la pena suspendida durante un plazo de 5 a 10 años, durante los cuales, el juez o tribunal al aplicarle los requisitos de la suspensión, le impone deberes y obligaciones como las prohibiciones de acercarse a la víctima o la participación en programas así como al cumplimiento de las prestaciones (las medidas de mediación que se incluyen en el Anteproyecto parece que dada la gravedad de los hechos referidos no podrán tener lugar), pago de una multa, o trabajos en beneficio de la comunidad. Si le impone 10 años, con 53 años pasará a estar —si se dan los requisitos— en libertad condicional sin que se establezca cuánto tiempo estará en libertad condicional expresamente en esta sede de prisión permanente revisable por lo que se deduce que será de aplicación lo dispuesto en el número 5 del art. 90, en virtud del cual “en todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de la libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento”, es decir, de por vida: con lo cual, se trata de un antecedente penal que no se cancelaría nunca, por lo que no tiene ningún sentido que se establezca siquiera ese generoso plazo de los 25 años: 25 años después de muerto sería, con lo cual, estaríamos ya hablando de una responsabilidad criminal que se extiende más allá de la vida del penado, condenando su memoria, ya que no le queda vida: y con ello, los tándems “delito/pecado” y “pena/penitencia” vuelven a salir a relucir.

***ART. 140 del Anteproyecto***

**I. TEXTO VIGENTE**

*Carece de concordancia.*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en os artículos 78.1.b y 78.2.b de este Código”.*

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Eliminación.*

**IV. MOTIVACIÓN**

Por coherencia con la propuesta de eliminación de la pena de prisión permanente revisable.

***ART. 485 del Anteproyecto***

**I. TEXTO VIGENTE**

*“1. El que matare al Rey, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años.*

*2. La tentativa del mismo delito se castigará con la pena inferior en un grado.*

*3. Si concurrieran en el delito dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“1. El que matare al Rey o al Príncipe heredero de la Corona será castigado con la pena de prisión permanente revisable.*

*2. El que matare a cualquiera de los ascendientes o descendientes del Rey, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años, salvo que los hechos estuvieran castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código.*

*Si concurrieran en el delito dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años*

*3. En el caso de tentativa de estos delitos se podrá imponerse la pena inferior en un grado.”*

### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*“1. El que matare al Rey, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años.*

*2. La tentativa del mismo delito se castigará con la pena inferior en un grado.*

*3. Si concurrieran en el delito dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años.*

## IV. MOTIVACIÓN

Por coherencia con la propuesta de eliminación de la pena de prisión permanente revisable. Por otro lado, se conserva el texto actual, en el que además trata a todos los miembros de la familia real por igual porque todos ellos representan a la Corona.

### ***ART. 572.2.2 del Anteproyecto***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*“2. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas atentaren contra las personas, incurrirán:*

*1º En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaran la muerte de una persona”.*

## **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“2. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas atentaren contra las personas, incurrirán:*

*1. En la pena de prisión de prisión permanente revisable si causaran la muerte de una persona”.*

## **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*2. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas atentaren contra las personas incurrirán:*

*1. En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaran la muerte de una persona”.*

## **IV. MOTIVACIÓN**

Por coherencia con la propuesta de supresión de la pena de prisión permanente revisable, manteniendo el texto en vigor.

### ***ART. 605.1 del Anteproyecto***

## **I. TEXTO VIGENTE**

*“1. El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“1. El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena prisión permanente revisable.”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*“1. El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años.”*

## IV. MOTIVACIÓN

Por coherencia con la eliminación de la pena de prisión permanente revisable, manteniendo el texto en vigor.

### *ART. 607 del Anteproyecto*

## I. TEXTO VIGENTE

*“1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:*

*1º. Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.*

*Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.”*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:*

1. Con la pena de prisión de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros.

2. Con la prisión de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149’.

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

“1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1º con la pena de prisión de 15 a 20 años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2º Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149’.

### IV. MOTIVACIÓN

En coherencia con la propuesta de supresión de la pena de prisión permanente revisable, respetando el texto actual.

***ART. 607 bis número 1º del apartado 2 del Anteproyecto***

#### I. TEXTO VIGENTE

1º Con la pena de prisión de 15 a 20 años si causaran la muerte de alguna persona.

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

“1. Con la pena de prisión de prisión permanente revisable si causaran la muerte de alguna persona”.

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*“1. Con la pena de prisión de 15 a 20 años si causaran la muerte de alguna persona”.*

### IV. MOTIVACIÓN

Por coherencia con la propuesta de eliminación de la pena de prisión permanente revisable, conservando el texto en vigor.

## 4.2. Prisión perpetua (Art. 36.3 y 4 CP)

ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS

*Catedrática de Derecho Penal*

*Universidad de Granada*

MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN

*Profesora Contratada Doctora*

*Universidad de Oviedo*

---

### *ART. 36 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 36

*“1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.*

*Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código.*

*2. Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.*

*En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:*

*a. Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.*

*b. Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.*

*c. Delitos del artículo 183.*

*d. Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.*

*El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes,*

*la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior”*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 36

*Vigésimo. Se introducen dos nuevos apartados 3 y 4 en el artículo 36, con la siguiente redacción:*

*“3. En el caso de que hubiera sido impuesta una pena de prisión permanente revisable, la clasificación del condenado en el tercer grado no podrá efectuarse:*

*a. Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.*

*b. Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos.*

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

*En estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso de previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b).*

*4. En todo caso, podrá acordarse la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal, valorando especialmente su dificultad para delinquir y escasa peligrosidad, en el caso de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables. En estos supuestos, la progresión a tercer grado deberá ser autorizada por el Tribunal previo informe del Ministerio Fiscal”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión del apartado 3 del artículo 36 y una nueva redacción del apartado 4, que pasaría a ser el apartado 3.*

*“3. En todo caso, el Juez de Vigilancia, previo informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la progresión al tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de aquellos penados que padezcan una enfermedad muy grave con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando especialmente su escasa peligrosidad”*

#### IV. MOTIVACIÓN

Considerando que el artículo 36 es el primero que menciona la existencia de una pena de prisión permanente revisable, es el momento de rechazar la incorporación de esta pena y, consiguientemente, de todos los artículos del Anteproyecto que se refieren a ella.

En el sistema español no es posible admitir una sanción a perpetuidad, ya que atentaría contra la exigencia constitucional de que la pena esté orientada a la reeducación y reinserción social (artículo 25.2 CE). La forma en la que se articula esta pena atenta contra el principio de seguridad jurídica y el mandato de certeza y taxatividad que comporta el principio de legalidad penal (artículos 9.3 y 25.1 CE). Esta pena además en sí misma considerada atenta también contra la dignidad de la persona (artículo 10 CE) y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 15 CE).

Todo lo expresado nos obliga a rechazar una pena de duración absolutamente indeterminada, que no se ajusta a lo proclamado en nuestra Constitución.

Mantenemos el sentido del apartado 4 del artículo 36 del Anteproyecto, si bien insistiremos en que existe una ley, la Ley Orgánica General Penitenciaria, cuyo objeto es precisamente la regulación de las cuestiones de cumplimiento material de las penas y, consiguientemente, por su naturaleza, éste y otros preceptos del Código penal, tendrían mejor ubicación allí.

La posibilidad de progresión al tercer grado por motivos humanitarios es muy acertada porque permite adecuar el cumplimiento de la pena a las circunstancias personales y excepcionales del delincuente. Pero se olvida el prelegislador, de que las mismas consideraciones humanitarias se proyectan en el marco del cumplimiento de la pena de prisión sobre los septuagenarios.

En ese punto, también se propone una posible mejora de su redacción, eliminando la expresión “su dificultad para delinquir”, por redundante al ser el motivo para determinar “su escasa peligrosidad”. De cualquier forma es necesario sintonizar la nueva norma con la normativa penitenciaria (art. 104.4 RP).

## V. CONSIDERACIONES

El Tribunal Constitucional español no ha reconocido un derecho fundamental a la reeducación y reinserción social de las personas condenadas a penas privativas de libertad, sin embargo, ha afirmado la existencia de un mandato constitucional de orientar la política penitenciaria a la reeducación y reinserción social de los condenados. La regulación que del cumplimiento de esta pena ofrece el Anteproyecto veta durante muchos años el adecuado desarrollo de un programa de reeducación y reinserción social; baste con mencionar que para poder disfrutar de permisos ordinarios de salida, esenciales para preparar a la persona para vivir en libertad, es necesario como mínimo el transcurso de ocho años de encierro; o que para acceder al tercer grado penitenciario se requiere como mínimo el cumplimiento de 15 años en prisión; o que para que se suspenda la ejecución del resto de la pena es imprescindible que se hayan cumplido veinticinco años de la pena. En este estado de cosas, resulta más que evidente que la única orientación de esta pena durante una parte importante de la vida de la persona condenada es en exclusiva la retribución del delito cometido. Pero además el juego de tiempos que a lo largo de los proyectados artículos 36.3, 92.1.a) y 3, y art. 136.2.a) se establecen, determina, como mínimo, que una persona condenada a esta pena no vuelva a encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles hasta que hayan transcurrido 55 años.

No tiene en cuenta el prelegislador el coste que conllevará esta renuncia a la reinserción social de los condenados durante un tiempo vital para eludir el efecto de prisionización. No sólo un coste personal, como sería, la plena exclusión social del condenado, sino también social, al repercutir en algunos de los principios que se desprenden de la configuración de nuestro Estado como un Estado social, democrático y de derecho (art. 1.1 CE). La satisfacción de determinadas demandas sociales a las que responde la introducción de esta pena, que no va a tener, por otra parte, mayor efecto preventivo que la pena de prisión vigente, podrían encauzarse por la vía de las medidas de seguridad.

## 4.3. Prisión perpetua: Arts. 36 (3 y 4), 70, 76 y 78 bis CP

MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN  
Profesora Contratada Doctora  
Universidad de Oviedo

---

### *ART. 36 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 36

*“1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.*

*Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código.*

*2. Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.*

*En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:*

*a. Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.*

*b. Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.*

*c. Delitos del artículo 183.*

*d. Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.*

*El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior”*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### Art. 36

*Vigésimo. Se introducen dos nuevos apartados 3 y 4 en el artículo 36, con la siguiente redacción:*

*“3. En el caso de que hubiera sido impuesta una pena de prisión permanente revisable, la clasificación del condenado en el tercer grado no podrá efectuarse:*

*a. Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.*

*b. Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos.*

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

*En estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso de previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b).*

*4. En todo caso, podrá acordarse la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal, valorando especialmente su dificultad para delinquir y escasa peligrosidad, en el caso de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables. En estos supuestos, la progresión a tercer grado deberá ser autorizada por el Tribunal previo informe del Ministerio Fiscal”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Modificación del artículo 33.2 a y del artículo 35 del Código penal; ubicación y modificación de los apartados 3 y 4 del artículo 36 del Anteproyecto en un nuevo artículo 35 bis.*

### Art. 33

*2. Son penas graves:*

*a. La pena de prisión permanente revisable*

*b. La prisión superior a cinco años.*

*c. La inhabilitación absoluta.*

*d. Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.*

*e. La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.*

*f. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.*

g. *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.*

h. *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.*

i. *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.*

j. *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.*

k. *La privación de la patria potestad.*

Art. 35

*“Son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa”.*

Art. 35 bis

*“1. La pena de prisión permanente revisable tendrá una duración de por vida, debiendo ser cumplida con arreglo a la Ley Orgánica General Penitenciaria, sin perjuicio de lo dispuesto específicamente en este Código.*

*2. La clasificación en el tercer grado del condenado a esta pena no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de dieciséis años de privación de libertad.*

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

*3. El condenado a esta pena no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de ocho años y medio de privación de libertad.*

*4. No obstante, el Tribunal podrá, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, autorizar la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de aquellos penados que padezcan una enfermedad muy grave con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando especialmente su escasa peligrosidad”*

#### IV. MOTIVACIÓN

Esta propuesta tiene como objetivo exclusivamente llamar la atención al prelegislador sobre algunas repercusiones que en el conjunto del sistema de penas tendría la incorporación de la pena de prisión permanente revisable en nuestro sistema penológico, dado que, como hemos

explicado, rechazamos la introducción de esa pena por comportar, una vulneración de la Constitución española.

A ese sólo efecto se advierte la necesidad de que la pena de prisión permanente revisable aparezca en el artículo 33, en el artículo 35 y en un nuevo artículo, que sería el 35 bis, dedicado exclusivamente a la misma, donde se definiría y, al estilo del artículo 36, se mencionaría alguna cuestión relativa a su cumplimiento.

Centrándonos en el contenido de los apartados 3 y 4 del artículo 36 del Anteproyecto, resulta llamativa en primer lugar la disparidad de criterios que se siguen para concretar el mínimo de cumplimiento de la pena de prisión permanente revisable que haría factible el acceso a tercer grado. El proyectado apartado tres establece que el acceso al tercer grado no podrá efectuarse hasta: a) el cumplimiento de 20 años de prisión efectiva en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP; b) el cumplimiento de 15 años de prisión efectiva en el resto de los casos. Obsérvese que el único delito que se castiga con pena de prisión permanente revisable en el mencionado capítulo es el delito de atentado terrorista que causa la muerte de una persona (proyectado art. 572.2.1). Aunque en el momento vigente, de entre todos los delitos a los que se asociaría la pena de prisión permanente revisable, ese delito de terrorismo es el único, dejando al margen los tipos cualificados, cuya pena típica presenta un marco penal cuyo límite máximo puede llegar a 30 años (en el resto de casos bien 25 bien 20 años), no vemos la conveniencia de un régimen específico. Además al comparar el tratamiento que el período de seguridad recibe en el supuesto de la pena de prisión permanente revisable con el caso de la pena de prisión grave impuesta a condenados por determinados delitos, se aprecia que la norma no distingue la duración del período de seguridad en función del tipo de delito.

En este orden de cosas, consideramos que el planteamiento más coherente con la sistemática del Código, sería, primero, que el tiempo de cumplimiento de pena necesario para el acceso al tercer grado de los condenados a una pena de prisión permanente revisable fuese el mismo, y, segundo, que éste se señalase teniendo presente el tiempo mínimo que abarcaría el período de seguridad de la pena de prisión para así marcar una diferencia en el período de seguridad de una y otra pena.

Consiguientemente si tenemos presente que la duración máxima de la pena de prisión es de 30 años (art. 70.3.1º), y el artículo 36.2 nos habla del cumplimiento de al menos de la mitad de la pena, esto es, al menos 15 años, la duración mínima de cumplimiento de la pena de prisión permanente revisable se tiene que situar por encima de los 15 años. Para concretar exactamente la duración, habría que considerar también la naturaleza diversa que, a nuestro juicio, tiene la pena de prisión permanente revisable. Ello unido a la renuncia que el prelegislador hace a la reinserción social de estos condenados, podría conducir a que el acceso al tercer grado se pudiera acordar una vez cumplidos 16 años de la pena.

También nos parece innecesario que se hable de prisión efectiva, por la propia naturaleza de la pena y de la cuestión que se plantea, que presupone que el condenado necesariamente tiene que estar cumpliendo en prisión su pena.

El apartado tercero consta de un último párrafo que altera el régimen de concesión de los permisos de salida vinculados, teniendo en cuenta la LOGP, al cumplimiento de la pena en régimen ordinario y en régimen abierto. En concreto señala que “en estos supuestos el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b)”.

Los permisos de salida ordinarios son un elemento fundamental de la ejecución de las penas privativas de libertad en aras a la resocialización y reinserción social del condenado. Para su concesión, de acuerdo con el artículo 154 del RP, es necesario que se haya cumplido una cuarta parte de la condena y que el penado no haya observado mala conducta. Ese cómputo es imposible de realizar en el caso de una pena de prisión permanente revisable, de ahí que, a nuestro juicio, la concreción de un plazo mínimo de cumplimiento de la pena debería tomar como punto de partida lo que el artículo 154 comporta para la pena de prisión de mayor duración, esto es, para la pena de prisión de 30 años. Supuesto en el que sería necesario antes de disfrutar de permisos de salida que el condenado hubiese cumplido 7 años y medio. Como la pena de prisión permanente revisable tiene mayor gravedad, habría que superar ese límite. Este podría ser, en coherencia con el anterior límite mencionado, ocho años y medio.

La expresión “en estos supuestos” no resulta muy acertada; desprendiéndose de una lectura global de la norma, especialmente por el juego de plazos, que se está refiriendo únicamente a los permisos de salida vinculados al régimen ordinario. Un ligero retoque en su redacción sería oportuno.

El apartado 4, por su parte, flexibiliza el acceso al tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal a los penados muy graves con padecimientos incurables, posiblemente en un intento de atenuar las consecuencias de no contemplar la libertad condicional de estos penados por razones de humanidad; aunque por la ubicación de esta disposición en un apartado separado y la expresión “en todo caso”, podría entenderse que esta disposición es igualmente aplicable a los casos del artículo 36.2. Como ya comentamos anteriormente llama la atención que no se dé el mismo tratamiento a los septuagenarios. Por otra parte, en este caso y por coherencia con la regulación que se propone de la suspensión de la ejecución del resto de la pena, se mantiene la mención al tribunal como órgano competente para decidir sobre estas cuestiones. Si bien en aras de aprovechar la experiencia de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en materia de cumplimiento de penas, consideramos, que el prelegislador debería replantearse qué órgano es más idóneo a estos fines y no estar tan mediatizado por el enfoque retribucionista que da a la nueva pena.

### *ART. 70 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

##### *Art. 70*

*“1. La pena superior e inferior en grado a la prevista por la ley para cualquier delito tendrá la extensión resultante de la aplicación de las siguientes reglas:*

*1ª. La pena superior en grado se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo. El límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.*

2ª. La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.

2. A los efectos de determinar la mitad superior o inferior de la pena o de concretar la pena inferior o superior en grado, el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o menos, según los casos.

3. Cuando, en la aplicación de la regla 1 del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

1. Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.

2. Si fuera de inhabilitación absoluta o especial, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.

3. Si fuera de suspensión de empleo o cargo público, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de ocho años.

4. Tratándose de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 15 años.

5. Tratándose de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

6. Tratándose de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

7. Tratándose de prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

8. Tratándose de prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

9. Si fuera de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 meses”

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 70

Vigésimo sexto. Se añade un apartado 4 al artículo 70 con la siguiente redacción:

*“La pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Primera propuesta. Supresión*

*Segunda propuesta. De redacción*

*“La pena inferior en grado a la pena de prisión permanente revisable es la pena de prisión de veinte a treinta años”*

### IV. MOTIVACIÓN

En coherencia con la propuesta de suprimir la incorporación al sistema de penas de la pena de prisión permanente revisable, se realiza la primera de las propuestas. En caso contrario, únicamente se propone una modificación en el texto del Anteproyecto para recoger de forma completa el, cuando menos novedoso, nombre que recibe la nueva pena.

#### *ART. 76 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 76

*“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:*

*a. De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.*

*b. De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

*c. De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

*d. De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

*2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo”*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### Art. 76

*Vigésimo noveno. Se modifica el artículo 76, que queda redactado del siguiente modo:*

*“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:*

*a. De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.*

*b. De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

*c. De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

*d. De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

*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 artículos 92 y 78 bis de este Código.*

*A los efectos de este apartado, no se computarán las penas impuestas por delitos leves.*

2. *La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 76

*Primera propuesta.*

*“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 30 años.*

*2. No obsta a la aplicación de un límite máximo de cumplimiento de la condena el que los hechos se conozcan en procesos separados si, por el momento de su comisión, pudieron haberse enjuiciado de manera conjunta”*

*Segunda propuesta.*

*“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:*

*a. De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.*

*b. De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

*c. De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

*d. De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

*A los efectos de determinar la aplicación de los límites máximos excepcionales, no se computarán los delitos leves.*

*2. No obsta a la aplicación de un límite máximo de cumplimiento de la condena el que los hechos se conozcan en procesos separados si, por el momento de su comisión, pudieron haberse enjuiciado de manera conjunta”*

#### IV. MOTIVACIÓN

La primera de nuestras propuestas está en la línea de la propuesta que realiza el Profesor Ángel J. Sanz Morán y encuentra principalmente su fundamento en el principio de reeducación y reinserción social, en el que hemos incidido en la propuesta formulada conjuntamente con la Profesora Elena Blanca Marín de Espinosa y Ceballos al artículo 36.3 y 4 del Anteproyecto.

La segunda de nuestras propuestas está encaminada exclusivamente a llamar la atención del prelegislador sobre algunas deficiencias que hemos detectado en el artículo 76 del Anteproyecto.

La introducción de una nueva letra, la e, en el apartado 1 del artículo 76 en la que se contempla un nuevo supuesto concursal, cuya aparición estaría motivada por el establecimiento de la pena de prisión permanente revisable, resulta distorsionadora desde el momento en que el tratamiento que recibe ese supuesto, si atendemos a los artículos 78 bis y 92, a los que el artículo 76 nos remite, no se concreta en la fijación de un límite máximo de cumplimiento de la condena, sino en el establecimiento de nuevas reglas para el acceso al tercer grado penitenciario y para la concesión de la suspensión de la ejecución del resto de la pena. De ahí, que consideremos que en caso de que el prelegislador persista en la introducción de la pena de prisión permanente revisable, las cuestiones relativas a su cumplimiento cuando el condenado tiene que cumplir además otras penas de imposible cumplimiento simultáneo deberían, por razones sistemáticas, integrarse en el artículo 78 bis, en los términos que explicamos en nuestras observaciones al artículo 78 bis.

Si la vía que proponemos no se sigue, conviene que el prelegislador observe que la forma en la que se expresa este nuevo supuesto, seguramente por la inercia (o porque en la versión inicial del anteproyecto no se tuvo en cuenta que la pena de prisión permanente revisable podía tener que rebajarse en grado), ha llevado a que, al igual que en los casos,

anteriores, se tome como referencia la pena con la que la ley castiga el hecho (que se viene entendiendo que es la pena legal abstracta prevista en el tipo penal). Pero en el caso de la pena de prisión permanente revisable nos encontramos con que la rebaja en un grado de la pena —lo que ocurre, por ejemplo, en la tentativa o en la complicidad— cambia el tipo de pena, entrañando la imposición de una pena de prisión de 20 a 30 años (proyectado artículo 70.4). Es manifiesto si leemos el artículo 78 bis o el artículo 92 que los mismos sólo adquieren sentido si la pena que efectivamente se cumple es una pena de prisión permanente revisable, consiguientemente se hace necesario mejorar la redacción de la norma.

Resulta también conveniente alterar el orden de enunciación de los artículos 92 y 78 bis. La norma proyectada menciona primero el 92 y luego el 78 bis; ello es debido a que en la versión inicial del anteproyecto sólo se preveía el 92, pero resulta más adecuado referirse primero al artículo 78 bis y luego al artículo 92.

La novedad de excluir del cómputo las penas impuestas por delitos leves, tal y como se perfila en el Anteproyecto, merece una valoración diferente. Por un lado, si efectivamente el cómputo de estos delitos no se tiene en cuenta para integrar el supuesto de hecho de las distintas letras, la valoración es positiva. Pero si no se hace tal acotación, el resultado de nuestra apreciación sería negativo en la medida en que ello determinaría que personas condenadas por delitos leves no pudieran beneficiarse de la acumulación jurídica de penas. Para evitar esta interpretación de la norma, nosotros sugerimos un sencillo cambio de redacción de la norma que precisa que los delitos leves no se computarán a los efectos de aplicar los límites máximos de cumplimiento excepcionales.

La nueva redacción al artículo 76.2 acoge la interpretación favorable que el TS ha venido haciendo del término conexidad, al que se unió alternativamente en la reforma de ese precepto por LO 7/2003 la referencia al momento de comisión del delito. Nuestra propuesta está enfocada a dar mayor claridad a las palabras del prelegislador.

## ***ART. 78 bis del Anteproyecto***

### **I. TEXTO VIGENTE**

No existe.

### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 78 bis*

*Trigésimo segundo. Se introduce un nuevo artículo 78 bis, con la siguiente redacción:*

*“1. En los casos en los casos previstos en el apartado e) del artículo 76 de este Código la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento:*

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

*b. de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una de prisión permanente revisable.*

*2. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido:*

*a. un mínimo de veinticinco años de prisión, en el supuesto al que se refiere la letra a) del apartado anterior*

*b. un mínimo de treinta años de prisión en el de la letra b) del apartado anterior.*

*3. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en el supuesto al que se refiere la letra a) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra b) del apartado primero.*

*En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en el supuesto al que se refiere la letra a) del apartado primer, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra b) del apartado primero.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Art. 78 bis*

*Se plantean dos propuestas.*

*Primera propuesta. De supresión.*

*Segunda propuesta.*

*“1. En los casos en los que el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos haya sido castigado con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento:*

*a. de un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado haya sido castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de la condena comporte al menos una pena de prisión grave.*

*b. de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado haya sido castigado con al menos dos penas de prisión permanente revisable.*

*2. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena con arreglo al artículo 92 requerirá que el penado haya extinguido:*

*a. un mínimo de veintiséis años de prisión, en el supuesto al que se refiere la letra a) del apartado anterior*

*b. un mínimo de treinta años de prisión en el de la letra b) del apartado anterior.*

*3. Si alguna de las penas se hubiese impuesto por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en el supuesto al que se refiere la letra a) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra b) del apartado primero.*

*En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en el supuesto al que se refiere la letra a) del apartado primer, y de treinta y cinco años de prisión en el de la letra b) del apartado primero.*

*4. A los efectos de aplicar estas reglas no se computarán los delitos leves”.*

### IV. MOTIVACIÓN

Nuestra propuesta de supresión del artículo 78 bis es una consecuencia lógica del rechazo de la pena de prisión permanente revisable.

La segunda propuesta responde únicamente a un intento de evitar incongruencias entre este artículo 78 bis y otros artículos del Código

penal y de mejorar su redacción en previsión de que el prelegislador ratifique su decisión de incorporar la pena de prisión permanente revisable.

Considerando, como ya anticipamos, que el artículo 78 bis no establece ningún límite máximo a la duración de las penas, creemos, en primer lugar, recomendable que se reformule el supuesto de hecho de aplicación del citado artículo.

En segundo lugar, el artículo 78 bis establece un requisito temporal propio para que se proceda a la progresión a tercer grado. Concretamente, se establece, primeramente, un mínimo de 18 años de prisión, cuando el penado haya sido condenado por varios delitos y uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años (letra a); y un mínimo de 22 años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con pena de prisión permanente revisable (letra b).

A este respecto procede señalar, en primer lugar, que resulta innecesaria la reiteración de que el condenado haya sido condenado por varios delitos, si tenemos en cuenta el presupuesto de aplicación de esta disposición. Y, en segundo lugar, nos gustaría llamar la atención sobre el hecho de que si el supuesto de hecho de la letra a) ha tomado como referencia que el período de seguridad se conecta a las penas graves de prisión (art. 36), no se ha tenido en cuenta que a esos efectos hay que tener en consideración únicamente las penas de prisión que individualmente consideradas superen los cinco años de duración. Línea que sigue nuestra propuesta para armonizar este precepto con el conjunto de la regulación penal.

Los mencionados límites mínimos se elevan respectivamente a 24 años de prisión y a 32 años si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 78 bis.3 p. 1). Esta disposición está en sintonía con el tratamiento más duro que se da en el artículo 78 p. 2 a estos condenados, y, sin embargo, resulta del todo incoherente con aquel. Obsérvese que en el caso de acumulación jurídica de penas del artículo 76 a esos condenados, puede ser que el tercer grado penitenciario no se pueda alcanzar hasta haber cumplido 32 años de condena. Sin embargo,

si resulta que una de las penas es la pena de prisión permanente revisable, ese límite se reduce de manera importante (24 años), y si son al menos dos las penas de prisión permanente revisable, el plazo se equipara. Dado que nosotros hemos abogado por la supresión de la especialidad del 78, p. 2, esa propuesta del Anteproyecto si encajaría en una visión global del sistema, aunque, insistimos, no es aconsejable, en ningún caso, renunciar a la reinserción social de los condenados.

Igualmente se establece un requisito temporal específico para que se pueda proceder a la suspensión de la ejecución del resto de la pena y consiguientemente, si tenemos en cuenta los proyectados artículos 90 a 92, pues el artículo 78 bis no lo dice, a la concesión de la libertad condicional. Éste es: un mínimo de 25 años, en los casos de la letra a) del apartado 1 del artículo 78 bis; y un mínimo de 30 años, en los casos de la letra b) del citado apartado. No obstante, si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 78 bis.3 p. 2), será necesario que se cumpla un mínimo de 28 años en el caso de la letra a) y un mínimo de 32 años en el caso de la letra b).

Volvemos a encontrarnos ante una nueva falta de coordinación normativa, en este caso triple. En primer lugar, no se tiene en cuenta que el tiempo necesario para la suspensión de la ejecución de parte de una única pena de prisión permanente revisable ya es de 25 años (art. 92), luego el hecho de que se acumule a otras penas de prisión no tiene una relevancia mayor. Al menos, en el planteamiento del Anteproyecto, habría que hablar de 26 años.

En segundo lugar, no se tiene en cuenta que en los casos de condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales ya el artículo 78, p. 2 prevé la posibilidad de que no alcancen la libertad condicional antes de los 35 años.

Y en tercer lugar, el tiempo necesario de cumplimiento de la pena en el caso de los condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo es el mismo tanto para su clasificación en tercer grado como para la suspensión del resto de la

pena. Es evidente que es necesario cambiarlo. Considerando que hemos rechazado las disposiciones especiales del artículo 78 para esos condenados, y teniendo presente sobre todo que en la mente del legislador es admisible que una persona no acceda a la libertad condicional antes del cumplimiento de 35 años de su condena, el plazo para la suspensión del resto de la pena podría ser de 35 años. Sin embargo, en el contexto del proyectado artículo 78.2, sería necesario situar ese límite todavía más alto, al menos en los 36 años.

Aparte de estas incongruencias, se observa que la redacción del apartado 3 del artículo 78 bis sólo contempla cómo proceder en caso de condenas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales y no tiene presente que se puede dar la circunstancia de que el condenado por esos delito lo sea también por otros. Consiguientemente hay que retocar la redacción de la norma.

## 4.4. Trabajos en beneficio de la comunidad: Art. 40 CP

**ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS**

*Catedrática de Derecho Penal*

*Universidad de Granada*

**MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN**

*Profesora Contratada Doctora*

*Universidad de Oviedo*

---

### *ART. 40 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 40*

*“1. La pena de inhabilitación absoluta tendrá una duración de seis a 20 años; las de inhabilitación especial, de tres meses a 20 años, y la de suspensión de empleo o cargo público, de tres meses a seis años.*

*2. La pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, tendrán una duración de tres meses a 10 años.*

*3. La pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos tendrá una duración de hasta 10 años. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas, o de comunicarse con ellas, tendrá una duración de un mes a 10 años.*

*4. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá una duración de un día a un año.*

*5. La duración de cada una de estas penas será la prevista en los apartados anteriores, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código”.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 40*

*Vigésimo primero. Se modifica el apartado 4 del artículo 40, que tendrá la siguiente redacción:*

*“4. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá una duración de 31 días a un año”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Vigésimo primero. Se modifica el apartado 4 del artículo 40, que tendrá la siguiente redacción:*

*“4. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá una duración de 1 día a 180 días”.*

### IV. MOTIVACIÓN

Si el prelegislador pretende armonizar lo dispuesto en el artículo 33 con lo previsto en el artículo 40, no es suficiente con sintonizar el límite mínimo de duración de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, fijado en el Anteproyecto en 31 días. Lo mismo habría que hacer con el límite máximo, bien se decante finalmente el legislador por 180 días o por un año. No obstante, adviértase que el prelegislador no se ha planteado esta coordinación en el caso de otra pena sobre la que incide en el artículo 33 proyectado como es la pena de días-multa.

La propuesta que presentamos está en coherencia con nuestra propuesta de mantenimiento de la pena leve de trabajos en beneficio de la comunidad y toma en consideración la necesidad de reducir la duración actual de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad, cuya carga afflictiva está además condicionada sobre todo por las horas de trabajo diario. Si bien la vía más adecuada, a nuestro juicio, para precisar la duración de esta pena, es recuperar la unidad penológica de la hora como de forma generalizada ocurre en el derecho comparado.

## 4.5. Localización permanente: Art. 33.4

**MARÍA ACALE SÁNCHEZ**

*Catedrática de Derecho penal*

*Universidad de Cádiz*

**MARÍA DEL MAR MARTÍN ARAGÓN**

*Profesora de Derecho penal*

*Universidad de Cádiz*

---

### *ART. 33.4 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

Art. 33

*“4. Son penas leves:*

*a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.*

*b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.*

*c) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.*

*d) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.*

*e) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.*

*f) La multa de 10 días a dos meses.*

*g) La localización permanente de un día a tres meses.*

*h) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días”.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“4. Son penas leves:*

*a. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.*

*b. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.*

*c. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.*

*d. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.*

*e. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.*

*f. La multa inferior a dos meses”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Art. 33 “Son penas menos graves:*

*l) La localización permanente de tres meses a seis meses”.*

### IV. MOTIVACIÓN

El apartado XVIII de la Exposición de motivos justifica la eliminación del Libro III y la creación de los nuevos “delitos leves”. Para ellos, y según señala (p. 33) “en general se recurre a la imposición de penas de multa, que se estiman más adecuadas para sancionar infracciones de escasa entidad, y además con un amplio margen de apreciación para que el Juez o Tribunal pueda valorar la gravedad de la conducta. Se prescinde de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de la localización permanente cuando se trata de infracciones leves, por ser más gravosas para el condenado y por los problemas para llevar a efecto de su ejecución”. Esto determina que posteriormente la reforma del art. 33 elimine del catálogo de penas la localización permanente y quede dentro del catálogo de penas menos graves con una duración de tres meses y un día a seis meses.

Ahora bien, no hay ningún delito que esté castigado con pena principal de localización permanente.

La única referencia que a la misma se hace dentro del texto articulado es en el art. 53.1 cuando señala que “si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de li-

bertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el art. 37.1 de este Código”, siendo así que expresamente se ha excluido del catálogo de penas leves la localización permanente lo que supone o una excepción a lo dispuesto en la exposición de motivos y a su ubicación dentro del art. 33, o un error que reclama corrección.

Por otro lado, en la medida en que se suprime el actual art. 88, la localización permanente también desaparece del ámbito de la suspensión/sustitución. Por su contenido, lo más cercano a la “localización permanente” en este ámbito es la previsión contenida en el art. 83.1.3ª en el que como condición para el mantenimiento de la suspensión/sustitución, el juzgado o tribunal puede exigir al penado “mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo sin autorización del juez o tribunal”, pero se trata en este caso de una mera obligación que refuerza la suspensión, no de la pena autónoma descrita en el art. 37 del Código penal aún vigente.

Las características de la pena de localización permanente (restringe de libertad, es de barata ejecución, especialmente indicada para delincuentes primarios, o cuyos delitos estén asociados al consumo de alcohol y drogas) la convierte en una verdadera alternativa a las penas cortas privativas de libertad, por lo que se debería recurrir a ella como pena principal para castigar algunos delitos menos graves en atención al principio de ofensividad. De hecho, en la Exposición de motivos de la LO 15/2003 que introdujo dicha pena, se menciona que “*se crea especialmente para infracciones penales leves*” y “*que al mismo tiempo se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios*”.

## 4.6. Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa: Art. 53 CP

ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS

*Catedrática de Derecho Penal*

*Universidad de Granada*

MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN

*Profesora Contratada Doctora*

*Universidad de Oviedo*

---

### *ART. 53 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 53

*“1. Si el condenado no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el **artículo 37.1 de este Código**.*

*También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo.*

*2. En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad.*

*3. Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años.*

*4. El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado.*

*5. Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficere, voluntariamente o*

*por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 53

*Vigésimo tercero. Se modifica el apartado 1 del artículo 53, que queda redactado como sigue:*

*“1. Si el condenado no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el artículo 37.1 de este Código”.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Se ofrecen dos propuestas alternativas.

*Primera propuesta: Se propone que se precise que el objeto de la modificación es únicamente el apartado 1 del artículo 53 en su párrafo primero.*

*Segunda propuesta: Se modifica el párrafo primero del apartado 1 del artículo 53, que queda redactado como sigue:*

*“1. Si el condenado no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente a razón de un día de responsabilidad personal subsidiaria por un día de localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el artículo 37.1 de este Código”.*

## IV. MOTIVACIÓN

La modificación que se proyecta en el Anteproyecto tiene como objetivo exclusivo sustituir el término faltas por el de delitos leves en consonancia con la nueva clasificación de las infracciones penales. Sin embargo, al indicarse en el artículo vigésimo tercero del Anteproyecto

que el objeto de la modificación es el apartado primero del artículo 53, y darle a éste una nueva redacción, nos encontramos ante la desaparición del párrafo segundo del mismo, donde se contempla el trabajo en beneficio de la comunidad como alternativa a la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Es evidente que se trata de una consecuencia no buscada por el prelegislador si tenemos en cuenta, primero, las razones que fundamentan la limitación del recurso a las tradicionales penas privativas de libertad para satisfacer el principio de inderogabilidad de las penas en el caso de los condenados a penas pecuniarias insolventes; y, segundo, que no tendría ningún sentido que se negase toda alternativa al cumplimiento de la pena de responsabilidad personal subsidiaria acordada ante el incumplimiento de una pena menos graves de días-multa, máxime cuando se mantendría la posibilidad de realizar trabajos en beneficio de la comunidad en lugar de cumplir la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de una multa proporcional. De ahí que nuestra primera propuesta esté dirigida a precisar exactamente el objeto de la modificación.

Nuestra segunda propuesta toma en consideración el nuevo enfoque que la institución de la sustitución de penas, regulada en el vigente artículo 88, recibe por parte del Anteproyecto, mediante el que se pretende que aquella pase a integrarse como una modalidad nueva de la suspensión de la ejecución de la pena. Entre otras muchas cosas, ello supondría la desaparición del articulado del Código penal de una mención expresa al módulo de equivalencia entre la localización permanente y la prisión (1 día=1 día) previsto actualmente en el artículo 88.1 párrafo 1; criterio que también se aplica en los casos de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa mediante localización permanente, en atención al idéntico contenido de la pena de prisión y la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. En aras de evitar los problemas interpretativos que podrían suscitarse, a raíz de la regulación proyectada, sobre la equivalencia entre la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y la pena de localización permanente, consideramos que sería oportuno que el criterio de conversión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y la localización permanente se recogiese de forma expresa en el artículo 53. Y a ello responde nuestra segunda propuesta.

Finalmente, debemos llamar la atención sobre el hecho de que en virtud de la redacción propuesta al artículo 13.4 por el prelegislador y los marcos penales de las penas típicas asociadas a los delitos leves, nos vamos a encontrar ante una ampliación del campo de aplicación de la localización permanente. Así por ejemplo, aplicando el citado precepto para definir la infracción castigada con pena alternativa de multa de uno a doce meses prevista en el proyectado artículo 147.2, nos podríamos encontrar ante la necesidad de transformar una multa de 12 meses en responsabilidad personal subsidiaria, esto es, salvo que se modificara el criterio actual, 180 días de privación de libertad, que podrían cumplirse mediante localización permanente. Desde la perspectiva de potenciar las alternativas a la prisión, la repercusión, a nuestro juicio, imprevista de la aplicación del artículo 13.4, puede ser positiva, pero habría que replantearse algunos términos de la ejecución de la localización permanente y muy especialmente la posibilidad de articular en los casos de cumplimiento ininterrumpido de la pena salidas temporales del lugar de cumplimiento. Ello también deviene obligado si esta pena se mantiene como pena menos grave.

## 4.7. Pena accesoria de privación del derecho de acudir o residir en determinados lugares, de aproximarse la víctima o de comunicar con ella: Art. 57 CP

ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS  
*Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Granada*

MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN  
*Profesora Contratada Doctora  
Universidad de Oviedo*

---

### *ART. 57 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 57:

*“1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.*

*No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.*

*2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del*

*cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.*

*3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### Art. 57

*Vigésimo cuarto. Se modifica el artículo 57, que pasa a tener la siguiente redacción:*

*“1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, de cinco si fuera menos grave, o de un año si fuere leve.*

*No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.*

*2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del*

*cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, de cinco si fuera menos grave, o de un año si fuere leve, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión del número 2 del proyectado art. 57 CP.*

*Art. 57:*

*“Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, de cinco si fuera menos grave, o de un año si fuere leve.*

*No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea”.*

### IV. MOTIVACIÓN

Las modificaciones realizadas en este precepto, nuevamente, se limitan a incorporar la nueva figura del delito leve por la eliminación del Libro III del Código Penal.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial propone una mejora, a nuestro juicio, muy acertada: “Hubiera sido conveniente que, aprovechando la reforma de este artículo, se hubiera abordado la cuestión de la imposición preceptiva de la pena de prohibición de aproximarse en los delitos de violencia doméstica, que si bien fue declarada constitucional en la STC 60/2010, de 29 de octubre, no puede desconocerse que provoca problemas en determinados supuestos, dada la repercusión negativa de esta pena sobre la víctima y restricción de sus derechos, por lo que parece más adecuado el sistema anterior a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, donde la accesoria de alejamiento solo se imponía si, a juicio del órgano judicial, fuera necesaria en el caso concreto atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el autor represente”.

Si ya con arreglo al derecho vigente estimamos adecuada la aplicación facultativa de todas las penas accesorias atípicas de alejamiento, más aún lo será en el contexto del Anteproyecto que extiende la imposición imperativa de la pena de prohibición de aproximación a otras conductas, que en su actual configuración quedaban por completo ajenas a la misma. Así, por ejemplo, en el proyectado delito leve de hurto de escasa gravedad, salvo que resulte aplicable el artículo 268.1, la prohibición de aproximación resulta obligada. Una prohibición que salvo que hagamos una interpretación restrictiva del artículo 48.2, lleva aparejada, no olvidemos, la suspensión del régimen de visita, comunicación y estancia con los hijos establecido en sentencia civil.

La eliminación del segundo párrafo persigue el fin propuesto en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al permitir al Juez apreciar facultativamente la pena o penas previstas en el artículo 48 CP que considere más adecuadas para cada caso concreto y, entre ellos, si lo estima necesario, para los casos de violencia doméstica.

## 4.8. Pena accesoria de privación del derecho de acudir o residir en determinados lugares, de aproximarse la víctima o de comunicar con ella: Art. 57 CP

MIREN ORTUBAY FUENTES  
Profesora Titular de Derecho penal  
Universidad del País Vasco

---

### *ART. 57 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

##### Art. 57

*“1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.*

*No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.*

*2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su conviven-*

*cia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.*

*3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620.”*

## II. TEXTO DEL PROYECTO

*– Añade, al final del párrafo primero del Art. 57.1, el inciso: “o de un año si fuere leve.”*

*– Suprime el número 3 del art. 57.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión del número 2 del art. 57*

## IV. MOTIVACIÓN

El apartado 2 del art. 57 CP fue añadido por la LO 15/2003, en el contexto de una profunda modificación de la respuesta penal frente a la “violencia doméstica”. La obligación de imponer la llamada “pena de alejamiento” como accesoria en los delitos cometidos en el marco de la convivencia pudo tener algún sentido en aquel momento histórico, en el que se pretendía reducir la tradicional tolerancia frente a la violencia sexista e intensificar la aplicación de una pena que parecía, en principio, especialmente eficaz para evitar reiteración delictiva en un ámbito —el de las relaciones familiares— en el que era muy frecuente.

Sin embargo, el automatismo con el que se regula la “pena de alejamiento”, con total independencia de la gravedad del hecho cometido, de si ha conllevado o no violencia, de las circunstancias personales del autor

y de la víctima, etc., impide valorar la necesidad y adecuación de la medida al caso concreto, convirtiéndose, en muchas ocasiones, en una pena desproporcionada, que provoca más problemas que los que soluciona.

Observando sólo los casos de violencia de género —y no son los únicos problemáticos—, se constata que esta “separación forzosa”, impuesta sin atender a los intereses de la mujer agredida y, muchas veces, en contra de su voluntad, implica una injustificada limitación de los derechos fundamentales de la persona a la que se pretende proteger.

Desde una perspectiva criminológica, la ingente cantidad de “órdenes de alejamiento” en vigor supone la manifiesta imposibilidad de controlar su cumplimiento, lo que da lugar a una extensa cifra negra de quebrantamientos. Todo ello provoca cierta situación de “ilegalidad difusa”, en la que el descubrimiento, a menudo casual, y la consiguiente sanción de uno de esos quebrantamientos consentido por la víctima se percibe como algo injusto y desproporcionado.

Por todo ello, parece conveniente suprimir esa regulación específica para los delitos cometidos en el marco de la convivencia familiar, restableciendo la norma general del art. 57.1, que permite al juzgador ponderar las circunstancias concretas del caso e imponer las prohibiciones del art. 48 CP que estime más adecuadas.

[Nota: En la misma línea de evitar automatismos, habría que suprimir la adopción obligatoria del “alejamiento” como regla de conducta en la suspensión de la pena impuesta en casos de violencia de género (actuales arts. 83 y 88 CP —sustitución— y art. 83.2 del Anteproyecto)].

## 4.9. Limitaciones al cómputo de los beneficios penitenciarios: Art. 78 CP

MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Oviedo

---

### *ART. 78 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

##### Art. 78

1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a, b, c y d del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

3. En estos casos, el Juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:

a. Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

b. A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### Art. 78

*Trigésimo primero. Se modifica el apartado 2 del artículo 78, que queda redactado de la siguiente manera:*

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

*Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:*

*a. Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.*

*b. A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Se plantean dos propuestas.*

*Primera propuesta. De supresión del artículo 78.*

*Segunda propuesta. Se modifica el apartado 2 del artículo 78, que queda redactado de la siguiente manera, y se suprime el apartado 3:*

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

## IV. MOTIVACIÓN

Tomando como referente el fin resocializador de las penas privativas de libertad abogamos por la supresión del artículo 78 del Código penal, cuyo contenido supone una renuncia al mismo. Y, en su defecto, proponemos algunas modificaciones del precepto dirigidas a garantizar que en aquellos casos en los cuales el órgano sentenciador haya acordado la

aplicación del artículo 78.1, esto es, la exclusión de *facto* de los instrumentos que la LOGP articula como pilares del tratamiento penitenciario orientado a la reeducación y reinserción social de los condenados, sea siempre posible regresa al régimen general de cumplimiento.

Por otra parte, obsérvese que el Anteproyecto nos propone una modificación del apartado segundo que llevaría aparejada la derogación tácita de su apartado tercero, dado que el nuevo apartado segundo recogería el contenido del actual número tres sin más modificación que la que resulta de integrar en la norma el contenido de la disposición adicional 1ª de la LO 5/2010. Consiguientemente desaparece el mandato del legislador de aplicar el llamado cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, lo cual nos merece un juicio positivo, en tanto que una disposición de esa naturaleza obstaculiza innecesariamente el mandato resocializador. No obstante, al mantenerse la norma en los mismos términos que la vigente, asistimos a la paradoja de que si el Juez decide en un primer momento, manteniendo su decisión inalterable con posterioridad, no modificar el régimen general de cómputo de las penas a los condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el cumplimiento de su condena no se diferenciará de la de otros de los posibles destinatarios del artículo 78. Sin embargo, si en un primer momento, se altera el régimen general de cumplimiento, aunque más adelante se vuelva al régimen general, siempre deberán observarse la singularidad de acceso al tercer grado y a la libertad condicional. De ningún modo resulta explicable este doble planteamiento.

# 5. DETERMINACIÓN DE LA PENA

## ARTS. 22, 66 Y 72 CP

ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS

*Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Granada*

MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN

*Profesora Contratada Doctora  
Universidad de Oviedo*

---

### *ART. 22 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 22

*“Son circunstancias agravantes:*

*1ª Ejecutar el hecho con alevosía.*

*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.*

*2ª Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.*

*3ª Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.*

*4ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad.*

*5ª Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.*

*6ª Obrar con abuso de confianza.*

*7ª Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.*

*8ª Ser reincidente.*

*Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.*

*A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*No se ha propuesto su modificación.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Se propone suprimir la agravante de reincidencia del n° 8 del art. 22 CP del catálogo de circunstancias agravantes.*

*Art. 22*

*“Son circunstancias agravantes:*

*1ª Ejecutar el hecho con alevosía.*

*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.*

*2ª Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.*

*3ª Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.*

*4ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad.*

*5ª Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.*

*6ª Obrar con abuso de confianza.*

*7ª Prevalerse del carácter público que tenga el culpable”.*

## IV. MOTIVACIÓN

La propuesta de modificación del artículo 22 CP está estrechamente vinculada a la propuesta de reforma del artículo 66.1 CP del Anteproyecto.

Se propone suprimir la reincidencia como circunstancia agravante y que la existencia de antecedentes penales sea valorada en la individualización de la pena como otra circunstancia personal del delincuente. En las circunstancias personales se deben valorar, entre otras, la edad, estado de salud, sexo, inteligencia, educación, la posición profesional y social del sujeto, etc. Todo ello constituyen los rasgos de la personalidad del autor en un entorno determinado, lo que exige analizar las razones o los motivos que le llevaron a delinquir —lo que supondría una mirada al pasado—, y las circunstancias o factores de su personalidad que deban corregirse para evitar el nuevo delito, esto es, una mirada al futuro.

Esta propuesta debe vincularse a la reforma del artículo 66.1.4º CP del Anteproyecto, que otorga un tratamiento específico en la individualización de la pena ante la concurrencia de la agravante de reincidencia porque, como ya señaló el Tribunal Constitucional en la Cuestión de Inconstitucionalidad sobre la agravante de reincidencia (STC Pleno 150/1991 de 4 de julio), “no se debe presumir la mayor culpabilidad del reincidente atendiendo a su personalidad”.

Esta propuesta también implica suprimir los supuestos de reincidencia internacional en los delitos relativos a la prostitución (artículo 190 CP), tráfico de drogas (art. 375 CP), falsificación de moneda (art. 388 CP) y delitos de terrorismo (art. 580 CP). Y la supresión de la mención expresa de la reincidencia en el art. 66 bis, 2º a) CP, que establece, entre otras, las normas para la imposición de sanciones a las personas jurídicas reincidentes. Se propone, por tanto, también, la eliminación de la letra a) del art. 66 bis, 2 CP: “que la persona jurídica sea reincidente”.

### *ART. 66 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

##### *Art. 66*

*“1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:*

*1. Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito.*

2. Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3. Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito.

4. Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior.

5. Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6. Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7. Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

8. Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2. En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”.

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Décimo quinto. Se modifica el artículo 66, que queda redactado como sigue:

“1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.– Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito.

2.– Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3.– Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el número siguiente.

4.– Cuando concorra la agravante de reincidencia, aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente, sus antecedentes y a la mayor o menor gravedad del hecho.

5.– Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior.

6.– Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7.– Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

8.– Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 66

“1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1º. Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito.

2º. Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior

*en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.*

*3°. Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito.*

*4°. Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concurre atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior.*

*5°. Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido en la extensión que estimen adecuada.*

*6°. Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.*

*7°. Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.*

*2. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”.*

## IV. MOTIVACIÓN

Se propone eliminar el número 4º del art. 66.1º del Anteproyecto en coherencia con la anterior propuesta de supresión de la agravante de reincidencia del catálogo de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal (art. 22. 8 CP). Al desaparecer la agravante de reincidencia ya no se precisa un precepto, como el propuesto en el art. 66.1.4º del Anteproyecto, que establezca un régimen específico para la apreciación de la agravante de reincidencia. De esta manera, la existencia de antecedentes penales se valorará en el proceso de individualización de la pena como una circunstancia personal más del delincuente.

La supresión del n. 4º del art. 66.1 del Anteproyecto requiere realizar una nueva enumeración de los párrafos, por ello, el número 4º, pasaría a ser el 3º y así sucesivamente. Asimismo deja sin sentido la expresión “sin perjuicio de lo dispuesto en el número siguiente”, que el Anteproyecto añade al artículo 66.1.3º.

El actual art. 66.1, 6º CP, que se corresponde en la propuesta alternativa con el art. 66.1, 5º, sufriría una modificación en su redacción al proponerse la supresión de la expresión “en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”, que son los criterios, que por analogía, se emplean para determinar la pena exacta, en el resto de los supuestos contemplados en el art. 66 CP. Estos criterios se reubicarían en el actual art. 72 CP, que sistemáticamente resulta más coherente.

En efecto, en la actualidad, para determinar la pena concreta se acude, por analogía, a las pautas que establece el artículo 66.1, 6º CP. Esta carencia debe solucionarse, esto es, debe existir un precepto específico que aborde la cuestión de qué criterios concretos debe utilizar el Juez o Tribunal para determinar la pena concreta que le corresponde al autor de un delito, ya que una vez que se ha establecido el quantum de la pena ante la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (reglas del art. 66) todavía existirá un marco de pena. Para establecer la individualización exacta de la pena se propone trasladar los criterios de atender a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, junto con el límite de la culpabilidad y la finalidad primordial de reinserción a dos nuevos números (2º y 3º) del actual art. 72 CP. De esta manera, y con carácter general, se ofrecen pautas concretas para que el Juez o Tribunal proceda a la individualización exacta de la pena.

### *ART. 72 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

##### *Art. 72*

*“Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta”*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*No se ha propuesto su modificación.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Se propone añadir dos nuevos números al artículo 72 que ofrezcan pautas o criterios concretos para la individualización exacta de la pena.*

*Art. 72*

*“1. Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta*

*2. Para la individualización exacta de la pena, los Jueces o Tribunales atenderán a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.*

*3. La pena no podrá rebasar la medida de la culpabilidad del autor por el hecho y deberá ir orientada, primordialmente, a su reinserción”*

## III. MOTIVACIÓN

La supresión en el párrafo 6º, del artículo 66.1 de la expresión “atendiendo a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”, que ofrece criterios para individualizar la pena exacta, implica que esas pautas se trasladen al actual art. 72 CP, que establece la obligatoriedad, derivada del art. 120.3 CE, de motivar la sentencia en el proceso de la individualización judicial de la pena.

Los criterios de individualización exacta de la pena de atender “a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho” se contemplan en el art. 66.1, 6º CP y está previsto exclusivamente para los casos en que “no concurren atenuantes y agravantes”. En el resto de los supuestos regulados en el artículo 66 CP no se establece ningún criterio para determinar la pena exacta y, por ello, en la práctica, por analogía, se acude a las reglas del art. 66.1º, 6º CP.

La propuesta alternativa que se presenta pretende paliar esta laguna legal, ya que es necesario que expresamente se regule, en virtud del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), un precepto en el Código

Penal que ofrezca, con carácter general, y una vez que ha establecido el marco de pena ante la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cuales son los criterios o las pautas para determinar la pena exacta, evitando, de esta manera, que el Juez o Tribunal deba acudir a la analogía.

# 6. CONCURSOS DE DELITOS

## 6.1. Refundición/acumulación de penas

**MARÍA ACALE SÁNCHEZ**  
*Catedrática de Derecho penal*  
*Universidad de Cádiz*

---

### *ART. 76.2 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*“2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo”.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”.*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Sustitución:*

*“2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo” (redacción vigente del art. 76.2).*

#### **IV. MOTIVACIÓN**

La propuesta de sustitución se fundamenta en varios motivos:

El primero es la falta de claridad del texto del Proyecto: parece que hay que entender que se acumularán las penas impuestas en distintos procesos, cuando se correspondan a hechos cometidos antes de una fecha que no se comprende cual es. En este sentido, el texto en vigor del art. 76.2 es mucho más sencillo, tiene ya una base jurisprudencial de interpretación y además al incorporar la referencia a la conexión, unifica su contenido con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto a la conexidad de varios hechos.

Por otro lado, porque frente a la rigidez que causa la remisión exclusiva al momento de la comisión, en la redacción vigente se establece que la limitación temporal se aplicará aunque los hechos se hayan impuesto en distintos momentos bien por su conexión o bien por el momento de su comisión. Y según establece el art. 988.2 LECrim: “cuando el culpable de varias infracciones criminales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el art. 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia... procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla 2ª del art. 76 CP”.

El artículo 17 considera “delitos conexos”: “1. Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito; 2 Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello; 3. Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución; 4. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos; 5. Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados”.

Y aunque, efectivamente, la jurisprudencia ha venido entendiendo en sentido amplio que son acumulables “las penas impuestas a todos los hechos ocurridos antes de la fecha de firmeza de la primera sentencia que adquirió tal condición” (STS 21 de marzo de 1995), el Tribunal Supremo ha tenido en consideración para apreciar o para excluir la conexión además del tiempo, el lugar, el bien jurídico protegido lesionado, los preceptos infringidos o el propio *modus operandi* (STS 10 de noviembre de 1995).

La reforma que prevé realizar el Anteproyecto afecta, por tanto a los elementos esenciales del actual art. 76.2 que, como es sabido, está en la base de la STS 197/2006, de 28 de febrero [RJ/2006/467] que instaura en España la denominada “Doctrina Parot” (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 10 julio de 2012 (Caso “Del Río Prada contra España”) ha declarado que la STS 197/2006, de 28 de febrero [RJ/2006/467] es contraria al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales por violación de sus arts. 7 —principio de legalidad— y 5 —derecho a la libertad y seguridad—: en breve la Gran Sala ha de confirmar la Sentencia).

En ella el Tribunal Supremo analiza la decisión de la Audiencia Nacional, en procedimiento seguido por los trámites del art. 988 de la LE-Crim, que acordó acumular las penas impuestas en dos grupos, fijando el máximo de cumplimiento respecto a cada uno de dichos grupos en treinta años de prisión. El argumento base para rechazar la acumulación de ambas penas en una sola por parte de la Audiencia Nacional fue que “el periodo de tiempo de comisión delictiva es tan dilatado (concretamente desde el 2 de noviembre de 1978 hasta el 2 de abril de 1990), que supera con creces todo criterio de conexidad cronológico que pretenda establecerse”; el Tribunal Supremo entendió sin embargo que han de acumularse “todas las penas relacionadas en los antecedentes de esta resolución para su cumplimiento sucesivo por el penado”, en atención a que existe conexidad entre todos esos hechos, pues todos se cometen perteneciendo a la misma organización terrorista ETA y con la misma finalidad de atemorizar a los habitantes de la población, alterando la paz pública y el orden constitucional.

En esta línea, lo que el Anteproyecto intenta con la reforma del art. 76.2 es al eliminar la referencia a la conexión de los delitos, impedir la refundición, haciendo que las penas se cumplan de forma separadas unas de otras, por el orden de su respectiva gravedad, prolongando en todo caso, el tiempo de estancia en vigor.

Con estos antecedentes, y por los peligros que puede correrse con la eliminación de la conexidad en el art. 76.2, se propone el mantenimiento de la redacción vigente.

## 6.2. Concurso medial de delitos

MARÍA ACALE SÁNCHEZ  
Catedrática de Derecho penal  
Universidad de Cádiz

---

### *ART. 77 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

*“1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.*

*2. En estos casos 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.*

*3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.*

*2. En el primer caso, 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.*

*3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el Juez o Tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66 de este Código.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*“1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.*

*2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para el delito más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente los delitos. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado.*

*3. En el segundo, será de aplicación lo dispuesto en el art. 76”.*

### IV. MOTIVACIÓN

Se sustituye la referencia a “infracción” por “delito” porque si bien en el texto vigente puede tener significado la referencia a infracciones para acoger tanto a los delitos como a las faltas, eliminadas éstas, como prevé el Anteproyecto, el término estricto es el de “delito”: ya no hay más infracciones penales.

Se coincide con el legislador en que el concurso medial de delitos — varios hechos que causan varios resultados, pero en los que uno de ellos es medio para la causación de otro o de otros— no es un concurso ideal de delitos —en el que hay un solo hecho que causa varios resultados constitutivos de delito—. De ahí que en puridad de principios no es más que un concurso real en el que las distintas infracciones se necesitan entre sí. Ahora bien, rota la regla penológica del concurso ideal-medial, se debería llevar su regulación al art. 73 y ss. Y en todo caso, en lo que a la regla penológica se refiere, no se entiende por qué ha de ser distinta a la del propio concurso real, una vez que se ha dado el paso de romper el tratamiento penal de la figura. Es decir, se le deberían imponer, según establece el art. 73 *“todas las penas para su cumplimiento simultaneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”*, con los límites del art. 74.

## 6.3. Concurso de delitos: Arts. 74, 76 y 77 CP

**JAVIER GUARDIOLA GARCÍA**  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Universitat de València

---

### *Art. 74 CP*

#### I. TEXTO VIGENTE

##### *Art. 74*

*“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones 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 o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.*

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

*3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

##### *Art. 74*

*“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones cercanas espacial y temporalmente que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o pre-*

ceptos 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 perjuicio total causado.

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.”

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Mantener la redacción vigente del art. 74 CP; subsidiariamente, adoptar un texto del siguiente tenor:

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones **cercanas 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 o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

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

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.”

### IV. MOTIVACIÓN

La restricción de la continuidad delictiva en función de criterios espaciales puede resultar disfuncional y dar lugar a resultados arbitrarios, al impedir la aplicación de las reglas penológicas del delito continuado

a supuestos que claramente deberían atenerse a este régimen jurídico (piénsese en que obligaría a castigar de forma muy distinta al sujeto que, empleando idéntica técnica, comete una infracción sucesivamente en diversas localidades a lo largo de un viaje de cien kilómetros, frente al caso del sujeto que, en idénticas circunstancias y tiempo, la comete en distintos barrios de una misma localidad).

El marco punitivo que propone el anteproyecto para el delito continuado incrementa el margen de arbitrio judicial —que no necesariamente la gravedad de la pena, como parecía seguirse de lo pretendido en la exposición de motivos, por cuanto renunciando a la exasperación 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’—. Pero lo hace de forma confusa (¿qué es la ‘pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto’? la pena concreta tiene una extensión definida y no mínimos y máximos), indefinida (a diferencia de la propuesta del anteproyecto para el art. 77 —por otra parte tampoco exenta de problemas graves— no se acotan aquí criterios de determinación de la pena), y que puede dar lugar a resultados enormemente desproporcionados, al acumular en su máximo la suma de los castigos separados de las infracciones, si esta ‘pena única’ no se ve limitada por los criterios previstos en el art. 76 (que, en el texto del anteproyecto, sigue refiriéndose sólo al ‘artículo anterior’, sin extender su eficacia al ámbito del art. 74 cuando el nuevo régimen punitivo que el anteproyecto propone para éste lo exigiría lógicamente). En suma, el marco penológico propuesto es más incierto y probablemente menos funcional que el ahora vigente, que a falta de mejor propuesta debería mantenerse.

Finalmente, la exclusión de la continuidad delictiva de los delitos contra la indemnidad o libertad sexual, atendida la práctica jurisprudencial en esta materia (que castiga individualizadamente como infracciones en concurso real los delitos contra la libertad sexual acreditados con plena concreción espaciotemporal, y sólo como delito continuado aquellos supuestos en que, demostrada la reiteración de conductas de esta índole, no pueden individualizarse y datarse con precisión ni por tanto castigarse separadamente), daría lugar a que quedaran impunes

ciertas conductas merecedoras de reproche penal, y no a un mayor castigo de éstas.

### *Art. 76 CP.*

## I. TEXTO VIGENTE

### Art. 76

*“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:*

*a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.*

*b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

*c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

*d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

*2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo.”*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### Art. 76

*“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:*

a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.

b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

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 artículos 92 y 78 bis de este Código.

A los efectos de este apartado, no se computarán las penas impuestas por delitos leves.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar.”

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 76:

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.

b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

A los efectos de **ampliar el máximo de cumplimiento efectivo, no se tendrán en cuenta las condenas por delitos leves.**

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar.”

### III. MOTIVACIÓN

La prisión permanente revisable no debe entrar en el catálogo de penas del Código español, y por tanto deben eliminarse de éste todas las referencias a la misma; consecuentemente se propone la supresión del apartado e) que pretende introducirse en el art. 76.

Por otra parte, el inciso introducido al final del apartado primero del art. 76 del CP por el anteproyecto, con la comprensible intención de evitar que la concurrencia de un delito leve con una infracción de especial gravedad dé lugar a la aplicación de máximos de cumplimiento ampliados (lo que no pasaba con las faltas y no debería suceder tampoco con los delitos leves), tiene una redacción doblemente desafortunada. Y ello, primeramente, porque la referencia a ‘este apartado’ no acaba de dejar claro si se refiere a todo el apartado primero o a su última letra (y lo primero excluiría los delitos leves del límite de cumplimiento de condena del triplo de la pena más grave, haciéndolos de peor condición que los delitos menos graves y graves; y lo segundo no parece tener ningún sentido). Y además, porque a los efectos del apartado en cuestión ‘las penas impuestas por delitos leves’ serían en todo caso y por definición irrelevantes —nunca alcanzarán a ser prisión de 20 ó más años—; lo que el anteproyecto quiere lógicamente excluir es que se tengan en cuenta las condenas (el cómputo del número de infracciones) por estos delitos, y no sus penas. Se propone una redacción alternativa que permite alcanzar el efecto pretendido evitando estas disfunciones.

Finalmente, la concreción de la conexión delictiva en función del momento del enjuiciamiento de los hechos que primero lo sean acoge una línea jurisprudencial cuyo criterio puede resultar discutible, pero no irracional ni político-criminalmente descabellada, por lo que no se objeta a ella.

### *Art. 77 CP*

## I. TEXTO VIGENTE

### *Art. 77*

*“1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.*

*2. En estos casos 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.*

*3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.”*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### *Art. 77*

*“1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.*

*2. En el primer caso, 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.*

*3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el Juez o Tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66 de este Código.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Mantener la redacción vigente del art. 77 CP.*

### IV. MOTIVACIÓN

El anteproyecto propone una nueva regulación de las consecuencias penológicas del concurso medial, pero lo hace de forma enormemente desafortunada en su redacción y dudosamente constitucional en su contenido.

En efecto, el nuevo apartado tercero que propone el anteproyecto define un marco punitivo cuyo máximo es potencialmente ilimitado — suma las penas de todos los delitos cometidos—; y téngase en cuenta que el apartado primero del artículo mantiene la exclusión de la aplicabilidad de los límites de cumplimiento previstos en el art. 76, lo que tenía sentido en el régimen cuyo mantenimiento se sostiene aquí, pero abre las puertas a condenas fácticamente perpetuas con el nuevo máximo por acumulación de penas que el anteproyecto propone, lo que de hecho se traduce en hacer potencialmente de peor condición al delito medialmente articulado para la comisión de otro que a la concurrencia de dos delitos independientes.

Además, dentro del amplísimo margen punitivo que fija (de un día más de la pena que habría correspondido a la infracción más grave, hasta la suma de las que habrían correspondido a todas las cometidas), el anteproyecto intenta limitar el arbitrio judicial con reglas de determinación de pena; y parece prudente acotar un marco penológico potencialmente tan amplio, pero al hacerlo recurre a las reglas del art. 66, reglas que atienden a circunstancias modificativas que ya han sido tenidas en cuenta para fijar las penas concretas correspondientes a los distintos delitos con las que se han construido el límite mínimo y máximo de este nuevo marco punitivo. Ello implica que las atenuantes y las agravantes tendrán un doble efecto (al fijar las penas concretas que construyen el mínimo y el máximo del nuevo marco punitivo, y al determinar el marco penal concreto dentro de éste), lo que resulta contrario al principio *non bis in idem*, y da lugar a resultados desproporcionados. Téngase en cuenta que no se trata sólo de acotar el marco punitivo a la mitad superior o inferior

—lo que en penas como la que construiría la regulación que propone el anteproyecto implica consecuencias de gran importancia— sino incluso de la aplicación ¡dos veces consecutivas! de penas inferiores o superiores en grado (reglas primera, cuarta y séptima del art. 66, que en la regulación propuesta por el anteproyecto se mantienen como primera, quinta y séptima).

En suma, el marco penológico propuesto es contrario a principios constitucionales, amén de más incierto y probablemente menos funcional que el ahora vigente, que a falta de mejor propuesta debería mantenerse.

### *Notas críticas sobre los arts. 74, 76 y 77 CP en el Anteproyecto de Reforma de 2012*

La ambiciosa reforma del Código penal presentada por el gobierno en octubre de 2012 incorpora diversas previsiones relativas a la cuestión del concurso de delitos, sobre las que conviene hacer algunas consideraciones críticas.

Pero es preciso detenerse primero en atender a la voluntad del prelegislador, o cuando menos al discurso en que ampara los términos de la auspiciada reforma; y la pretensión del anteproyecto de reforma en relación a la materia concursal se explicita en el apartado octavo de su exposición de motivos, de acuerdo con el cual:

*“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 —a la que se ha ido renunciando en el Derecho comparado— conlleva la aplicación de unos límites penológicos que pueden dar lugar a penas arbitrarias en algunos supuestos de reiteración delictiva. Con esta finalidad, se limita la aplicación de la figura, que queda reducida a los supuestos de conductas delictivas cercanas en el espacio y 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 correspondido 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 de-*

*lictiva no tiene 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.*

*Finalmente se introduce una mejora técnica en el artículo 76, con el objetivo de fijar con claridad —conforme al criterio consolidado en la jurisprudencia— las condiciones en las que procede la aplicación de los límites de condena a las que hayan sido impuestas en diversos procedimientos.”*

Se pretende pues, o al menos eso declara con carácter programático la exposición de motivos —salvedad que es preciso adelantar porque, como veremos, no es exactamente esto lo que hace el anteproyecto—:

- 1) evitar ‘consecuencias arbitrarias’, para lo que se afirma procedente
  - a) limitar la continuidad delictiva en función de criterios espacio-temporales y b) revisar el sistema de fijación de penas del delito continuado para garantizar que la reiteración delictiva suponga siempre un incremento de pena;
- 2) excluir de la continuidad delictiva los delitos sexuales;
- 3) aplicar estas mismas reglas penológicas a ‘los concursos reales de carácter medial’; y
- 4) fijar con claridad (asumiendo el criterio jurisprudencial) la relación que debe darse entre las infracciones cometidas para que les sean aplicables las limitaciones al cumplimiento sucesivo de las penas por ellas impuestas previstas en el art. 76 CP, que desde la reforma de 2003 atendía a su ‘conexión o el momento de su comisión’.

Pues bien, la primera constatación que conviene subrayar es que, pese a las protestas esbozadas respecto del régimen concursal, y en particular respecto de la previsión relativa al delito continuado, el anteproyecto no acomete una reforma del sistema de concurso de infracciones del Código penal. El sistema, con sus luces y sus sombras (y de todo hay; baste remitir genéricamente, y sin ánimo de exhaustividad, a la bibliografía abajo citada) queda levemente retocado, pero en su esencia incólume, salvo en las consecuencias penológicas (cuya importancia no cabe desdeñar en la interpretación de esta normativa —cfr. CUERDA RIEZU, 1992: 18-19— por más que sea preciso sentar importantes prevencio-

nes —vid. VIVES ANTÓN, 1981:30 n. 92—). Y, lamentablemente, era difícil proponer reformas más desafortunadas: ni la claridad ni el acierto han acompañado al prelegislador en este empeño.

Por demás, efectivamente se limita el ámbito de aplicabilidad de la continuidad delictiva en función del tiempo y del espacio —lo que merece alguna precisión que más abajo se hará—, y se excluyen del ámbito del delito continuado los delitos sexuales —quizá con consecuencias no del todo bien calibradas—; como también se determina un criterio —perfectible, pero definido— para aplicar o no la acumulación de penas. Lo que no acaba de hacerse —por torpeza, prisa o incuria, porque el resultado no tiene demasiado sentido; a lo más abajo argumentado me remito— es acompasar el régimen penológico del delito continuado y del concurso medial: se construyen dos sistemas semejantes, pero no idénticos, y en ambos casos no poco problemáticos.

Vayamos por partes.

En cuanto al delito continuado (art. 74 CP), el artículo uno - vigésimo octavo del anteproyecto no procede, como parecía augurar la exposición de motivos, a suprimir su previsión (profundamente arraigada en la práctica jurisprudencial, que desoyó la derogación del instituto en el Código de 1932 (cfr. PELÁEZ DE LAS HERAS, 1942; CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951; CASTIÑEIRA PALOU, 1977) generalizando una práctica que acabó por ‘legalizarse’ en 1983 (vid. por todos CANTARERO BANDRÉS, 1992; CHOCLÁN MONTALVO, 1997).

En cambio, restringe su ámbito de aplicación, modifica el régimen penológico, elimina la previsión del delito masa (también de origen jurisprudencial —vid. SAINZ CANTERO, 1971—), excluye la aplicabilidad a delitos sexuales, y elimina la exigencia de que los atentados contra el honor se refieran al mismo sujeto pasivo para aplicar la continuidad delictiva.

El texto resultante es el siguiente:

*“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones cercanas espacial y 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 perjuicio total causado.*

*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.”*

Pues bien: la acotación de la aplicabilidad del delito continuado a supuestos que presenten una mínima cercanía temporal no parece descabellada desde el punto de vista valorativo —el plan preconcebido difícilmente se dará en este tipo de supuestos, y la identidad de ocasión puede razonablemente merecer una valoración diferenciada cuando estas ocasiones idénticas se presentan, inconexas, en contextos temporales distantes—; pero mucho más cuestionable resulta la restricción de la continuidad delictiva en función de criterios espaciales (en el mismo sentido en ambos extremos CGPJ, 2013).

Téngase en cuenta que, en principio —salvos supuestos de extraterritorialidad de la ley penal en los términos previstos en el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que no será fácil vincular con continuidad delictiva—, nos movemos en el ámbito territorial de la jurisdicción española, lo que difícilmente permitirá dotar a este distanciamiento espacial de un contenido especialmente intenso; y que este criterio puede resultar disfuncional y dar lugar a resultados arbitrarios, al impedir la aplicación de las reglas penológicas del delito continuado a supuestos que claramente deberían atenerse a este régimen jurídico. No parece tener mucho sentido que si un sujeto, empleando idéntica técnica en distintos municipios, comete una infracción sucesivamente en diversas localidades a lo largo de un viaje de cien kilómetros emprendido a este efecto, se le castigue por las normas del concurso real, mientras que si otro sujeto, en idénticas circunstancias y tiempo, comete esa misma infracción en distintos barrios de una misma localidad, transitando de uno a otro en ejecución del plan preconcebido, se castigue en este caso como delito continuado. Los cambios geográficos con inmediatez temporal, en el contexto territorial español, difícilmente tendrán entidad suficiente para justificar el apartamiento de la regla concursal que el anteproyecto parece postular.

Por otra parte, el marco punitivo que propone el anteproyecto para el delito continuado no garantiza, como pretendía la exposición de motivos, que la reiteración de la conducta dé lugar siempre a mayor pena. De hecho, si se atiende a su contenido y se disipan las importantes dudas interpretativas que siembra, el sistema propuesto incrementa el margen de arbitrio judicial, pero no necesariamente la gravedad de la pena.

En efecto, el nuevo texto exige que se imponga *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*. La redacción no puede ser más confusa, pero parece que el resultado es que se articula un nuevo marco punitivo que va de ‘algo más’ (¿un día?) de la pena de la infracción más grave a la suma de la pena de todas las infracciones.

Y es que, pese al trabalenguas normativo, ‘la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave’ no puede ser sino la pena que se habría impuesto en concreto por ella — la expresión ‘mínima’ no tiene sentido cuando hablamos de una pena concreta y no de un marco punitivo pendiente de concreción—; y ‘una pena superior’ es cualquier pena que resulte más aflictiva (y no necesariamente la pena superior en grado, porque no es esto lo que requiere el texto) —también en este sentido entiende el tenor del texto reformado el informe del CGPJ, 2013—. El marco punitivo arranca, pues, de la mínima expresión de incremento punitivo sobre la pena concreta asignable a la infracción más grave (y no ya de la mitad superior de la pena abstractamente correspondiente a ésta), y se extiende hasta el límite de la suma de las penas correspondientes a las distintas infracciones cometidas —sean cuantas fueren, sin sentarse criterio limitativo alguno (dado que este límite corresponderá a una pena única, mal podrán aplicársele las limitaciones de cumplimiento previstas en el art. 76)—. El resultado será, en la mayoría de los casos, que el órgano sentenciador podrá imponer una pena más benigna que la que permitía la anterior regulación del art. 74, y podrá asimismo extenderse hasta una pena mucho más dura de la que este régimen permitía; si se parte de una firme confianza en la individualización judicial de la pena, desde luego se logra un objetivo deseable, pero si como postula la exposición de motivos del anteproyecto se pretendía garantizar un efecto agravatorio, parece que no se ha

logrado el objetivo. Y además, para la concreción judicial de tan extenso marco punitivo (a diferencia de la propuesta del anteproyecto para el art. 77 —por otra parte tampoco exenta de problemas graves, de los que nos ocuparemos luego—) no se acotan aquí criterios de determinación de la pena.

En suma, el marco penológico propuesto es más incierto y probablemente menos funcional que el ahora vigente, que a falta de mejor propuesta debería mantenerse.

Por otra parte, en el anteproyecto se elimina la previsión relativa al delito masa; cuestión que ha de valorarse a la luz de la nueva regulación de los delitos patrimoniales, porque la previsión de modalidades agravadas en éstos, combinada con la regla de atención al perjuicio total causado en delitos continuados de carácter patrimonial, puede cubrir holgadamente el papel que el delito masa venía desempeñando.

Finalmente, la exclusión de la continuidad delictiva de los delitos contra la indemnidad o libertad sexual que postula el anteproyecto parece responder a la intención de evitar que se castiguen como una única infracción delitos que se entienden merecedores de una respuesta punitiva diferenciada. Pero, atendida la práctica jurisprudencial en esta materia (que castiga individualizadamente como infracciones en concurso real los delitos contra la libertad sexual acreditados con plena concreción espaciotemporal, y sólo como delito continuado aquellos supuestos en que, demostrada la reiteración de conductas de esta índole, no pueden individualizarse y datarse con precisión ni por tanto castigarse separadamente), puede dar lugar, contra lo pretendido, a que queden impunes ciertas conductas merecedoras de reproche penal, y no a un mayor castigo de éstas. Al margen de que ya el informe del CGPJ (2013) anuncia la vía que permitirá burlar *de facto* esta pretendida exclusión legal, apuntando a la consideración de la ‘unidad natural de acción’ en la jurisprudencia sobre estos delitos.

Curioso, por demás, en el contexto agravatorio de la reforma —que invita a pensar en una inadvertencia del prelegislador— es que el retoque del inciso final del art. 74 permita ahora aplicar el régimen del delito continuado a infracciones contra el honor con independencia de que se refieran o no al mismo sujeto pasivo.

En materia de concurso real, el art. uno - vigésimo noveno del Anteproyecto (art. 76 CP) añade, entre las excepciones al límite general de cumplimiento de las penas, una específicamente referida a la prisión permanente revisable, concebida en los siguientes términos:

*“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 artículos 92 y 78 bis de este Código.”*

La valoración de esta previsión implica un posicionamiento sobre la institución a la que se refiere que —fuera del apunte de que no puede ser positiva— queda fuera del ámbito de esta modesta contribución.

Preciso es, sin embargo, detenerse un tanto a analizar el inciso que incorpora seguidamente el anteproyecto al final del art. 76.1, de acuerdo con el cual:

*“A los efectos de este apartado, no se computarán las penas impuestas por delitos leves.”*

Con la comprensible intención de evitar que la concurrencia de un delito leve con una infracción de especial gravedad dé lugar a la aplicación de máximos de cumplimiento ampliados (lo que no pasaba con las faltas y no debería suceder tampoco con los delitos leves), se ha dispuesto sin embargo una redacción doblemente desafortunada que permite alcanzar lo que el CGPJ (2013) ha calificado de “conclusiones manifiestamente aberrantes”.

Y ello, primeramente, porque la referencia a ‘este apartado’ no acaba de dejar claro si se refiere a todo el apartado primero o a su última letra: y lo primero excluiría los delitos leves del límite de cumplimiento de condena del triplo de la pena más grave —haciéndolos de peor condición que delitos de mayor gravedad, porque su acumulación podría obligar a cumplir más pena que si se hubieran cometido varios delitos graves o menos graves—; pero lo segundo no parece tener ningún sentido.

Y además, porque a los efectos del apartado en cuestión ‘las penas impuestas por delitos leves’ serían en todo caso y por definición irrelevantes —nunca alcanzarán a ser prisión de 20 ó más años—; lo que el anteproyecto quiere lógicamente excluir es que se tengan en cuenta las condenas (el cómputo del número de infracciones) por estos delitos,

y no sus penas. Parece claro que, sencillamente, no ha acompañado el acierto —tampoco— en la redacción de este inciso.

Para alcanzar el efecto pretendido evitando estas disfunciones, bastaría con emplear una redacción de este o semejante tenor: *“A los efectos de ampliar el máximo de cumplimiento efectivo, no se tendrán en cuenta las condenas por delitos leves.”*

Finalmente, el anteproyecto modifica la redacción del art. 76.2 en el siguiente sentido:

*“2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar.”*

La conexión entre infracciones requerida en los precedentes legislativos del art. 76.2 había sido con razón criticada (por todos, VIVES ANTÓN, 1981:41); y la inicial redacción del 76.2, que exigía la conexidad delictiva, fue interpretada por el Tribunal Supremo en términos muy generosos, excediendo con creces el ámbito de conexidad definido en el art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (por todos, SANZ MORÁN, 1999:519), lo que desde luego no obstó para que se instara una intervención legislativa a este respecto (nuevamente por todos, SANZ MORÁN, 1999:520). La Ley Orgánica 7/2003 incorporó en este inciso como alternativa a la conexión delictiva ‘el momento de su comisión’, manteniendo siempre la necesidad de posibilidad de enjuiciamiento unitario. El anteproyecto avanza ahora en este sentido, prescindiendo definitivamente del criterio de conexión (abandonado por la jurisprudencia) para precisar el término de posibilidad de enjuiciamiento unitario en función del momento de comisión atendiendo para ello a la fecha de enjuiciamiento efectivo. Criterio, por otra parte, dotado de cierto contenido material —el sujeto ya ‘sabe’, ha experimentado personalmente, que la Justicia estudia su responsabilidad por los hechos enjuiciados—.

El criterio que se asume aporta mayor concreción que el del texto legal aún vigente, aunque implica todavía ciertos problemas (baste pensar en los supuestos de enjuiciamientos dilatados en el tiempo, con suspensiones reiteradas de la vista que pueden abarcar varios meses, y en las infracciones cometidas durante estos periodos); el CGPJ (2013) pro-

pone acudir en cambio a la Sentencia y no a la fecha de enjuiciamiento, lo que ciertamente evitaría estos problemas.

Finalmente, en cuanto a los concursos ideal y medial (art. 77 CP) el artículo el art. uno - trigésimo del Anteproyecto redacta el precepto en los términos siguientes:

*“1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.*

*2. En el primer caso, 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.*

*3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el Juez o Tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66 de este Código.”*

El texto continúa excepcionando del concurso real los supuestos de concurso ideal y medial —aunque al corregir, en consonancia con la supresión de las faltas, el término ‘infracciones’ del inciso primero por ‘delitos’, ha olvidado enmendar la concordancia de ‘una de ellas’ y ‘la otra’, que persisten en femenino—. Y mantiene el régimen del concurso ideal en los mismos términos, sin más reajuste que la reordenación del texto para dejar espacio en el apartado tercero a una nueva regulación de las consecuencias penológicas del concurso medial. Pero, como anunciaba la exposición de motivos, cambia el del concurso medial —no en su definición, sino en su punición—.

El anteproyecto propone, así, una nueva regulación de las consecuencias penológicas del concurso medial distinta de la asignada al concurso ideal, a lo que no cabe oponer reparo de fondo toda vez que, en rigor, el concurso medial y el concurso ideal son conceptualmente diversos (por todos, VIVES ANTÓN, 1981:18) y no tienen por qué recibir con carácter general el mismo tratamiento punitivo. Sin embargo, lo hace de forma enormemente desafortunada en su redacción y dudosamente constitucional en su contenido; y por cierto, pese a la declaración de la exposición de motivos, no se traslada aquí el régimen del art. 74, sino

que se busca una aproximación a éste con otros términos y añadiendo reglas penológicas allí no previstas.

En efecto, el nuevo apartado tercero que propone el anteproyecto define un marco punitivo (ciertamente con más acierto en la redacción que el que tiene el texto correlativo que para el art. 74 propone el mismo anteproyecto) cuyo mínimo lo constituye *‘una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave’* y cuyo máximo es potencialmente ilimitado —suma las penas de todos los delitos cometidos—.

Téngase en cuenta, porque deviene de singular importancia, que el apartado primero del artículo mantiene la exclusión de la aplicabilidad de los límites de cumplimiento previstos en el art. 76, lo que tiene sentido en el régimen aún vigente, pero abre las puertas a condenas fácticamente perpetuas con el nuevo máximo por acumulación de penas que el anteproyecto propone, lo que de hecho se traduce en hacer potencialmente de peor condición al delito medialmente articulado para la comisión de otro que a la concurrencia de dos delitos independientes.

Además, dentro del amplísimo margen punitivo que fija (de un día más de la pena que habría correspondido a la infracción más grave —que no la pena superior en grado; como insiste el CGPJ, 2013: *‘tras la individualización de la pena correspondiente a la infracción más grave, ésta deberá elevarse, siquiera sea en su mínima expresión’*—, hasta la suma de las que habrían correspondido a todas las cometidas), el anteproyecto intenta limitar el arbitrio judicial con reglas de determinación de pena; y parece prudente acotar un marco punitivo tan amplio, pero en su intento el prelegislador recurre a las reglas del art. 66, reglas que atienden a circunstancias modificativas que ya han sido tenidas en cuenta para fijar las penas concretas correspondientes a los distintos delitos con las que se han construido el límite mínimo y máximo de este nuevo marco punitivo.

Ello implica que las atenuantes y las agravantes tendrán un doble efecto (al fijar las penas concretas que construyen el mínimo y el máximo del nuevo marco punitivo, y al determinar el marco penal concreto dentro de éste), lo que resulta contrario al principio *non bis in idem*, y da lugar a resultados desproporcionados. Téngase en cuenta, por demás, que no se trata sólo de acotar el marco punitivo a la mitad superior o

inferior —lo que en penas como la que construiría la regulación que propone el anteproyecto implica ya por sí consecuencias de gran importancia— sino incluso de la aplicación de penas inferiores o superiores en grado (reglas primera, cuarta y séptima del art. 66, que en la regulación propuesta por el anteproyecto se mantienen como primera, quinta y séptima).

El efecto de dos agravantes sin concurrencia de atenuantes, pues, permitiría, si no se hace una interpretación correctiva que no se sigue del texto que para la ley propone el anteproyecto, primero aplicar al delito en que concurren la pena superior en grado en su mitad superior, para después acumular esta pena a las otras ¡y volver a aplicar la mitad inferior de la pena superior en grado! Y asimismo, y no ya de forma potestativa sino imperativa, dos atenuantes o una muy cualificada sin agravantes tendrían un doble efecto atenuatorio, en ambos casos rebajando los respectivos mínimos del marco penal abstracto. Inexplicablemente el Consejo Fiscal (2013) se congratula en su informe de la diferenciación del régimen punitivo de los concursos ideal y medial sin detenerse a examinar las consecuencias de este nuevo régimen punitivo.

En suma, el marco penológico propuesto es contrario a principios constitucionales, amén de más incierto y probablemente menos funcional que el ahora vigente, que a falta de mejor propuesta debería mantenerse.

El juicio global sobre la reforma propuesta ha de ser, pues, necesariamente negativo: aun cuando se compartieran las finalidades perseguidas por el prelegislador, es preciso admitir que no le ha acompañado el acierto en las soluciones que propone.

No me detendré en la incuria con la que se reforma el art. 78; pero permítaseme cuando menos subrayar, antes de poner punto final, otra importante implicación de esta amplia y poco cuidada reforma en la cuestión concursal: la conversión del homicidio en asesinato cuando éste se cometa *'para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra'* (en la redacción que el art. uno - octogésimo cuarto del Anteproyecto da al art. 139.1.4ª del Código penal). Castigado el homicidio como asesinato por su relación medial con otro delito, ¿podría aún plantearse un concurso medial entre este asesinato —que sólo lo es por su carácter medial, y que además será previsiblemente la infracción más grave y por

tanto el umbral mínimo de punición, antes de aplicar las reglas del art. 66 nuevamente— y el delito para cuya comisión se realizó? Porque, en tal caso, la exasperación punitiva sería descomunal... pero, si se desea esquivar este resultado, ¿cómo articular el castigo de ambas infracciones, medio y fin?

Las soluciones que el Anteproyecto propone en esta cuestión, me temo, siembran más dudas y arrojan más sombras que logros y luces auguran.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ POZO, M. P. *El concurso ideal de delitos*, U. de Granada, 2007.
- CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *El delito continuado*, Barcelona, 1951.
- CANTARERO BANDRÉS, R. *Problemas penales y procesales del delito continuado*, Barcelona, 1990.
- CASTIÑEIRA PALOU, M. T. *El delito continuado*, Barcelona, 1977.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *El delito continuado*, Madrid, 1997.
- CID MOLINÉ, J. “Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 29-64.
- CONSEJO FISCAL *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 [sic] de noviembre, del Código Penal*, 2013.
- CGPJ (Consejo General del Poder Judicial, Comisión de Estudios e Informes) *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 2013.
- CUELLO CONTRERAS, J. “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: el delito ‘sui generis’”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1978, pp. 35-95.
- CUELLO CONTRERAS, J. “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1979, pp. 45-91 y 451-477.
- CUERDA RIEZU, A. *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid, 1992.
- ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica*, Granada, 2004.
- GUINARTE CABADA, G. “El concurso medial de delitos”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 13, 1988-1989, pp. 153-206.
- JOSHI JUBERT, U. “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1992, pp. 613-636.
- PELÁEZ DE LAS HERAS, A. *El delito continuado*, Salamanca, 1942.
- ROIG TORRES, M. *El concurso ideal de delitos*, Valencia, 2012.
- SAINZ CANTERO, J. A. “El delito masa”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1971, pp. 649-675.

- SANZ MORÁN, A. J. *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1983.
- SANZ MORÁN, A. J. “Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código penal de 1995”, en Cerezo Mir/ Suárez Montes/ Beristain Ipiña/ Romeo Casabona (editores) *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 505-520.
- VIVES ANTÓN, T. S. *La estructura del concurso de infracciones*, Valencia, 1981.

## 6.4. Concursos de normas y de delitos: Arts. 74, 76 y 77 CP

ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN  
*Catedrático de Derecho penal*  
*Universidad de Valladolid*

---

### *Concurso de normas*

#### I. CÓDIGO PENAL VIGENTE

*Art. 8*

#### II. ANTEPROYECTO

*No contiene ninguna modificación en este punto*

#### III. PROPUESTA

*Supresión del precepto*

#### IV. MOTIVACIÓN

Se trata de una regla innecesaria y perturbadora. Que la ley especial prevalezca sobre la general o la principal sobre la subsidiaria se producirá lo diga o no el legislador; es un precepto de carácter puramente “didáctico” y, en cuanto tal, superfluo en un texto como el Código Penal. Por otra parte, consagra en su número 4º el desafortunado criterio — tachado incluso de dudosamente compatible con los principios constitucionales— de optar, en caso de impremeditadas duplicidades legales (campo propio de la denominada “alternatividad de leyes penales”), por la norma que establezca la sanción más grave.

***Delito continuado*****I. CÓDIGO PENAL VIGENTE**

Art. 74

**II. ANTEPROYECTO**

*Artículo Único, Vigésimo octavo.*

**III. PROPUESTAS**

1. *Supresión del precepto*

2. *(Alternativa a la anterior) Sustitución del precepto por otro de este tenor: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que persistiendo una misma motivación, realice, en unidad de contexto, una pluralidad de acciones u omisiones sustancialmente homogéneas, será castigado, como autor de un único delito continuado, con la pena prevista para la infracción más grave, en su mitad superior. En las infracciones contra el patrimonio, se atenderá al perjuicio total causado por las sucesivas acciones; si ello da lugar a la apreciación de una modalidad cualificada, el Juez o Tribunal podrá moverse en toda la extensión de la pena prevista para la misma. No cabrá apreciar un delito continuado en acciones dirigidas a distintas víctimas, caso de que el bien jurídico afectado por las sucesivas acciones sea de carácter eminentemente personal”.*

**IV. MOTIVACIÓN**

1. De la primera propuesta: La pretendida reducción del alcance del delito continuado (tal como lo expresa la Exposición de Motivo), se satisface mejor dejando al criterio del intérprete la decisión, en los casos límite, de cuándo estamos ante un delito único (por comportar las sucesivas acciones homogéneas, llevadas a cabo en unidad de contexto, una simple intensificación cuantitativa del contenido de injusto típico, al que se añade una culpabilidad también unitaria) y cuándo, por el contrario, ante una pluralidad de delitos en concurso real. El delito continuado,

correctamente entendido, constituye sólo una forma extrema de lo que impropriamente denominamos “unidad natural de acción” y, como sucede con ésta, no es preciso que el legislador se refiera expresamente al mismo, máxime si tenemos en cuenta el tratamiento que proponemos para el concurso real de delitos.

2. De la segunda propuesta (alternativa): Se simplifica notoriamente la redacción del precepto prescindiendo de la perturbadora referencia a dos momentos subjetivos heterogéneos, como la “realización de un plan preconcebido” y el “aprovechamiento de una misma ocasión”, que merecen una valoración muy distinta; se suprime también la referencia, poco precisa, a “preceptos penales de naturaleza semejante” y se aclara que la continuidad delictiva, en caso de bienes jurídicos personalísimos, sólo se ve impedida por la pluralidad de víctimas. En cuanto a la sanción prevista para el delito continuado, si mantenemos coherentemente que estamos ante un único delito (máxime con la reducción del alcance del concepto pretendida por el “pre-legislador”), no cabrá desbordar el máximo de la pena prevista para la infracción más grave y menos aún llevarlo hasta el elevadísimo límite máximo que supone la suma de las penas en que individualmente se hubiera incurrido.

### *Concurso ideal de delitos*

## I. CÓDIGO PENAL VIGENTE

*Artículo 77*

## II. ANTEPROYECTO

*Artículo Único, Trigésimo.*

## III. PROPUESTA

*Sustitución del precepto por otro de este tenor: “Lo dispuesto en el (los) artículo(s) anterior(es) no es aplicable cuando una misma acción supone la*

*realización de dos o más delitos, en cuyo caso se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, sin que pueda rebasar la suma de las penas de las infracciones en que se incurrió”.*

## IV. MOTIVACIÓN

En primer lugar, la utilización singular/plural se refiere a la pervivencia o no del delito continuado en el Código Penal. Mantenemos, por lo demás, para el concurso ideal o formal de delitos el criterio de la absorción con agravación, con el límite que supone, en cualquier caso de concurrencia delictiva, la suma de las penas de los delitos en que se incurre. Es loable el intento del “pre-legislador” de separar los casos de concurso ideal en sentido estricto de la denominada conexión medial o teleológica entre delitos, pero debería ir más allá y, puesto que viene a reconocer que estamos, en el último supuesto, ante un auténtico concurso real, no se ve la razón para no remitir su tratamiento al previsto para esta clase de concurso, teniendo presente además, la profunda modificación que nuestra propuesta supone en este tratamiento del concurso real.

### *Concurso real de delitos*

## I. CÓDIGO PENAL VIGENTE

*Artículos 73, 75 y 76*

## II. ANTEPROYECTO

*Artículo Único, Vigésimo noveno.*

## III. PROPUESTA

*Supresión de los actuales artículos 73, 75 y 76 del Código Penal y sustitución por un precepto (nuevo artículo 73), de este tenor: “1. Al responsable de dos o más delitos, llevados a cabo mediante otras tantas acciones u omi-*

*siones, se le impondrá la pena prevista para la infracción más grave, incrementada hasta en la mitad de su límite máximo, sin que pueda exceder de la suma de las penas de las infracciones en que incurrió ni, en caso alguno, de los treinta años de prisión.*

*2. No obsta a la aplicación de estos límites el que los hechos se conozcan en procesos separados si, por el momento de su comisión, pudieron haberse enjuiciado de manera conjunta. Si el Juez o Tribunal conoce de un hecho delictivo que, por el momento de su comisión, podría haberse enjuiciado conjuntamente con otro u otros ya sentenciados, impondrá la pena correspondiente al hecho que ahora juzga y, teniendo en cuenta las penas ya impuestas, fijará el límite máximo de cumplimiento de acuerdo con lo previsto en el número 1 de este artículo”.*

#### IV. MOTIVACIÓN

La previsión del Anteproyecto, no supone sino un mínimo “parche” en un modelo de determinación de la pena, en casos de concurso real de delitos, completamente obsoleto y objeto de crítica unánime por los especialistas: suma de las penas en que se incurrió y fijación de límites máximos de cumplimiento que, desde la reforma del Código Penal de junio del año 2003, resultan a todas luces excesivos. La enmienda supone el tránsito al criterio de exasperación de penas (pena del delito más grave incrementada en la mitad de su límite máximo), con dos límites absolutos: la suma de las penas en que se incurrió y treinta años en el caso de la pena de prisión (que resulta un límite todavía excesivo, pero realista en el contexto de la proyectada reforma). Por otra parte, manteniendo la referencia a la posible “refundición” de las condenas impuestas en distintos procedimientos (prescindiendo, eso sí, de cualquier exigencia de “conexidad” en sentido procesal), se añade la otra modalidad de “concurso posterior” o “retrospectivo” que conoce el derecho comparado: construcción de una pena “conjunta” o “global” por el juez que conoce de un hecho, constándole una sentencia condenatoria del imputado por un hecho que, por el momento de su comisión, podía haberse enjuiciado conjuntamente con el que ahora se juzga, sin esperar, por tanto, a que en sede de ejecución de sentencias se proceda a la oportuna “refundición”.

*El denominado “cumplimiento íntegro de las penas”***I. CÓDIGO PENAL VIGENTE***Artículo 78***II. ANTEPROYECTO***Artículo Único, Trigésimo primero y Trigésimo segundo***III. PROPUESTA***Supresión***IV. MOTIVACIÓN**

El artículo 78 del Código Penal constituye, probablemente, el precepto que mayor unanimidad ha concitado en su contra. Se trata de una regla absurda entendida en su literalidad, político criminalmente inadmisibles, incompatible con los principios que inspiran nuestra legislación penitenciaria (que se aprobó en desarrollo del artículo 25.2 de la Constitución Española) y resulta, finalmente, incompatible también con las previsiones de tratamiento que proponemos para el concurso real de delitos. En cuanto al proyectado artículo 78 bis, sólo cobra sentido si se acepta la nueva pena de “prisión permanente revisable”, lo que no es nuestro caso. Caso de mantenerse esta pena, las previsiones de este art. 78 bis deberían desplazarse al precepto en que se describa el contenido de la misma, que debería ser el artículo 36 o un artículo 36 bis. Llama poderosamente la atención que el Anteproyecto no sólo no procede a describir el contenido de esta pena, sino que ni siquiera la incorpora al catálogo de penas. Por otra parte, y como ha destacado el informe del Consejo Fiscal, existen flagrantes contradicciones entre las previsiones de los artículos 78 y 78 bis en la versión del Anteproyecto, dándose la paradoja de que resulta, conforme a ellos, más sencillo acceder al régimen abierto si se ha incurrido en varios delitos y uno de ellos conlleva

pena de prisión permanente revisable que si ninguno de ellos comporta tal sanción.

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

## 7.1. Suspensión de la pena: Arts. 80, 81 y 84 CP

**MIGUEL ABEL SOUTO**

*Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Santiago de Compostela*

---

### *ARTS. 80 y 81 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

##### *Capítulo III*

*De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional*

##### *Sección 1ª*

*De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*

##### *Art. 80*

*1. Los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada.*

*En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste.*

*2. El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.*

3. La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados.

4. Los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

Art. 81

Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código.

2ª Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

Art. 86

En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena.

Art. 87

1. Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81, el juez o tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El Juez o Tribunal solicitará en todo caso informe del Médico forense sobre los extremos anteriores.

2. En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

3. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años.

4. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización.

5. El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.

Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### Art. 80

1. Los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la mera imposición de la pena que se suspende resulte suficiente para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el Juez o Tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, la personalidad del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1ª) Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código.

2ª) Que la pena, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3ª) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el comiso acordado en sentencia conforme al artículo 127 de este Código.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el comiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido.

3. Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento de las prestaciones a que se refiere el número 1) del artículo 84 de este Código. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los números 2) ó 3) del mismo precepto.

4. Los Jueces y Tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

5. Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El Juez o Tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización.

6. En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le

*represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena.*

*Art. 81*

*El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el Juez o Tribunal, previa audiencia al Ministerio Fiscal, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del artículo 80.1.*

*En el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del Artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Capítulo III*

*De la suspensión de la ejecución de las penas y de la libertad condicional  
Sección 1ª*

*De la suspensión de la ejecución de las penas*

*Art. 80*

*1. Los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas menos graves y leves cuando no sea necesaria para evitar que el penado vuelva a delinquir.*

*En dicha resolución se atenderá a las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho, la duración de la pena, la conducta posterior a la infracción y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado.*

*2. Antes de acordar la suspensión los Jueces o Tribunales solicitarán un informe psico-social sobre la persona condenada y oirán a las partes personadas, a la víctima o a quien le represente.*

*En el informe psico-social se analizará el peligro de reincidencia y la posibilidad de contrarrestarlo mediante el tratamiento o control. También constará en él la situación personal, familiar y laboral del condenado, una explicación de la actividad delictiva y la disponibilidad de la persona al cumplimiento de un sustitutivo penal.*

*3. La suspensión de varias penas de prisión requerirá que su suma no sea superior a cinco años.*

*4. Los Jueces y Tribunales podrán suspender las penas de cualquier duración sin sujeción a los criterios señalados en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.*

*5. La ejecución de las penas impuestas a los que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el*

*número 2º del artículo 20 podrá ser suspendida por los Jueces y Tribunales, previa conformidad del penado, siempre que un centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado certifique suficientemente que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

*En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone definitivamente el tratamiento hasta su finalización.*

*Art. 81*

*El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas menos graves y de tres meses a un año para las penas leves. En la fijación del plazo los Jueces y Tribunales atenderán a los criterios expresados en el párrafo segundo del artículo 80.1.*

## IV. MOTIVACIÓN

### ***IV.1. Cambio de rúbrica***

Debe modificarse la rúbrica del capítulo porque es incoherente con la exposición de motivos y el texto articulado, ya que si se implanta un régimen único de suspensión, en el que la sustitución solo representa una modalidad o especie del género suspensión, no tiene sentido aludir al todo mencionando únicamente la parte, de manera que convendría cambiar la referencia a las “formas sustitutivas” por la “suspensión”. Asimismo, se suprime la mención a las penas privativas de libertad en consonancia con la siguiente modificación que se propone.

### ***IV.2. Suspensión de penas no privativas de libertad***

Sería conveniente extender la suspensión a la multa y a las penas privativas de derechos, al igual que ocurre en diversas legislaciones, cuando en el caso concreto la pena no resulte proporcional o adecuada para la prevención especial. Así se evitarían situaciones contradictorias, por ejemplo, en las penas alternativas si el juez impone la más leve no privativa de libertad el sujeto no puede acceder a la suspensión, e injustas, *v. gr.*, cuando el autor es condenado a una prisión que se suspende y el partícipe a una pena no privativa de libertad que tendría que cumplir, o

la paradójica imposibilidad de suspender la multa frente a una responsabilidad personal subsidiaria suspendible. De hecho, el artículo 40 de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores no limita la suspensión a las medidas privativas de libertad.

### *IV.3. Ampliación hasta cinco años de la duración de la prisión suspendible*

Es necesario que el legislador amplíe las alternativas a la cárcel porque en España, con un aumento de la población penitenciaria que casi se ha duplicado en los últimos años, se abusa de la prisión, lo que contrasta con la evolución de la criminalidad, pues a pesar de que poseemos, comparativamente, una tasa de delincuencia baja, el nuestro, en palabras del Grupo de Estudios de Política Criminal, “es uno de los países de la Unión europea con mayor número de personas encadenadas”, el cual propuso la ampliación del máximo actual de la prisión suspendible hasta cinco años, que se corresponde con las penas menos graves.

Así lo dispone el artículo 132-41 del Código penal francés y tal límite no resulta tan extraño para nuestro Ordenamiento jurídico, ya que los artículos 87 del Código penal vigente y 80.5 del anteproyecto admiten la suspensión de penas privativas de libertad no superiores a cinco años en los supuestos relacionados con las drogodependencias; incluso, en la suspensión especial para los enfermos muy graves con padecimientos incurables el artículo 80.4, tanto del Texto punitivo actual como del anteproyecto, no señala límite temporal alguno.

### *IV.4. Farragosa redacción del criterio básico para la suspensión*

El prelegislador incurre en un exceso de palabras al describir el presupuesto de la suspensión como la razonable espera de “que la mera imposición de la pena que se suspende resulte suficiente para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”, redacción con manifestaciones redundancias, pues los delitos que se evitan por fuerza tienen que ser “nuevos” y su comisión necesariamente habrá de calificarse de “futura”. Por ello se propone como texto alternativo que la ejecución, sencillamente, “no sea necesaria para evitar que el penado vuelva a delinquir”.

#### ***IV.5. Eliminación de elementos ajenos a nuestra cultura jurídica, procedentes del StGB alemán, que sugieren un despreciable derecho penal de autor***

Entre los elementos que deben valorarse para la suspensión figura en el anteproyecto “la personalidad del penado” junto a “sus antecedentes”, palabras que se copian literalmente, con posesivo incluido, del §56.I del *StGB* alemán, pero el término “personalidad” sugiere, según el informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de modificación del Código penal, aprobado por su pleno el día 17 de enero de 2013, “un Derecho penal de autor que no atiende a hechos sino a conductas de vida o personalidades conflictivas”. Para evitar tal consideración se sustituye la referencia a la “personalidad” por las “circunstancias personales”.

#### ***IV.6. Consolidación de los criterios tradicionales para la suspensión y sustitución***

El párrafo primero del artículo 80.1 del anteproyecto obliga a valorar diversos elementos para conceder la suspensión con una redacción inapropiada, según acabamos de ver, reiterativa, con categorías que se incluyen unas en otras o la repetición de tres conjunciones copulativas, y hasta confusa, por ejemplo, se comienza con la alusión a las “circunstancias del delito”, que técnicamente son las atenuantes y agravantes, cuando es evidente que el prelegislador se refiere a otra cosa.

Ya que el anteproyecto incluye la sustitución en la suspensión, convendría mantener los criterios tradicionales de ambas instituciones, que cuentan con una consolidada doctrina, los cuales figuran en los artículos 80.2 del vigente Código penal respecto al plazo de suspensión y el 88.1, en relación con la sustitución; a saber: las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho, la duración de la pena, la conducta posterior a la infracción y el esfuerzo para reparar el daño causado.

#### ***IV.7. Obligatoriedad de un informe psico-social***

Se incorpora la necesidad de un informe psico-social, con el contenido propuesto por el Grupo de Estudios de Política Criminal en 2005,

previo a la decisión judicial de la suspensión, en el que se analice el peligro de que el sujeto vuelva a delinquir y que sirva de base para formular el “pronóstico favorable de comportamiento” al que alude el informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de reforma del Texto punitivo, aprobado el 8 de enero de 2013.

#### ***IV.8. Audiencia previa***

Antes de la decisión suspensiva se incluye una audiencia de todas las partes y del penado, exigencia constitucional ineludible, según recuerda el Consejo General del Poder Judicial en su informe, derivada de la prohibición de indefensión.

#### ***IV.9. Supresión del requisito de la primariedad delictiva y admisión de la suspensión para los reincidentes e incluso para los reos habituales***

Desde el punto de vista político-criminal resulta oportuno que los antecedentes penales no excluyan la suspensión, puesto que puede constituir el mejor remedio para las personas con antecedentes vivos necesitadas de un tratamiento de los factores que reduzcan la probabilidad de reincidencia.

Ciertamente, unas veces la falta de primariedad delictiva refleja una peligrosidad que justifica la exclusión del beneficio, pero otras constituye un dato irrelevante.

En consecuencia, no conviene que la reincidencia legal descarte a priori la suspensión, ni la habitualidad debería excluir o dificultar las alternativas a la prisión, ni los antecedentes penales, que se ponderarán para imponer programas de tratamiento en libertad.

Es necesario ampliar las posibilidades de suspender la prisión y la discrecionalidad judicial para individualizar la pena alternativa, por ello el Grupo de Estudios de Política Criminal ya propuso hace unos años que los antecedentes penales no puedan excluir las penas sustitutivas y para evitar eventuales problemas con los reincidentes y habituales se sugirió la posibilidad de aplicarles, adicionalmente, una vigilancia electrónica.

De hecho en Alemania, según el §56.I del *StGB*, las condenas anteriores permiten la suspensión cuando concorra una prognosis social favorable, la *probation* anglosajona se aplica a los reincidentes, también en Francia la *mise à l'épreuve* se abre más a los mencionados delincuentes no primarios que la simple *sursis*, en Italia se admite la suspensión con antecedentes de escaso relieve y tampoco en países iberoamericanos, como Colombia, se excluye a los reincidentes de la suspensión.

Si se pretende eludir el contagio carcelario, el que delinque por segunda vez podría no haber ingresado nunca en prisión y no sería inmune a tal contagio; por consiguiente, la delincuencia primaria no debería representar una condición preventivo-general necesaria sino solo un elemento que pondere el juez desde la prevención especial. Conviene valorar los antecedentes en el estudio de las circunstancias personales y no mantenerlos como una *conditio sine qua non* de acceso al beneficio.

#### ***IV.10. Límite preventivo-general de cinco años para la suspensión de varias penas de prisión***

Es oportuno advertir, por razones de prevención general, que en el caso de la pena más grave de nuestro arsenal punitivo, aunque se admita la suspensión de varias penas de prisión, su suma no puede superar los cinco años.

Por otra parte, respecto a la redacción del anteproyecto, pese a que la condición segunda del artículo 80.2 haya corregido la redundancia del vigente Código penal relativa a la “pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas”, en la alusión que se mantiene a la exclusión del cómputo de “la derivada del impago de la multa” sigue faltando algo entre “la” y “derivada”: una mención a la responsabilidad personal subsidiaria o a la privación de libertad.

#### ***IV.11. Eliminación, por redundante, del requisito de la satisfacción de las responsabilidades civiles***

La condición tercera del artículo 80.2 del anteproyecto no es necesaria porque ya consta en el párrafo segundo del artículo 80.1 que para

conceder la suspensión al penado se valorará “en particular su esfuerzo para reparar el daño causado”.

En todo caso, si se quiere mantener tal requisito debería mejorarse la redacción eliminando la repetición de cópulas, la antitética coma antes de una conjunción y el uso del anafórico “mismo” con una función pronominal de la que carece en la lengua castellana. Asimismo, convendría que al compromiso de pago se le añadiese un plazo prudencial para dotar de certeza a su existencia y cumplimiento, que se recuperase tanto la necesaria audiencia de las partes y del perjudicado como la excepción que el Texto punitivo vigente contiene respecto a la declaración de insolvencia y que se suprimiese el régimen especial de suspensión contenido en el artículo 308bis del anteproyecto, porque convierte la advertencia de la ejecución de la pena en un elemento más de recaudación, incorpora injustificadas desigualdades de trato que favorecen a la administración tributaria y consagra inaceptables amenazas de cumplimiento de la prisión a los penados para que regularicen su situación ante la hacienda pública o la seguridad social por hechos distintos al delito objeto de condena, según ponen de relieve el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal.

#### ***IV.12. Supresión del régimen excepcional de la suspensión substitutiva del artículo 80.3 al seguir los criterios generales***

Se elimina el régimen excepcional de la suspensión substitutiva de la prisión, contenido en el artículo 80.3 del anteproyecto, al integrarse ya en los requisitos generales de la suspensión que se propone, en la línea de fusión de instituciones deseada por el prelegislador. La única especialidad radica en que se pueden imponer las medidas del artículo 84, cuyo inciso inicial debe circunscribir el ámbito aplicativo a la prisión.

En caso de que se pretendiese mantener el precepto habría que corregir la repetición de criterios, el plural “prestaciones”, pues solo se refiere a una, y la tilde diacrítica de la disyuntiva “ó”, en consonancia con las últimas recomendaciones de la Real Academia, porque mecanográficamente no existe posibilidad de confusión con el cero al utilizarse caracteres distintos (“o” y “0”).

#### ***IV.13. Corrección de expresiones confusas en la suspensión especial para los enfermos terminales***

Las palabras “cualquier pena impuesta” realmente se refieren a la duración y así debe constar expresamente, sobre todo si el prelegislador desea mantener la limitación de la suspensión a las penas privativas de libertad, y la omnicompreensiva locución “sin sujeción a requisito alguno” alcanza también a las condiciones de mantenimiento, como no cometer nuevos delitos, cuando es evidente que se quiere aludir a los criterios para otorgar la suspensión, que deberían ser los mencionados.

#### ***IV.14. Sometimiento de la suspensión especial para drogodependientes a los criterios generales***

En la medida en que se propone un sistema general de suspensión más amplio, tanto en el ámbito de sujetos que pueden acceder al beneficio como en el de la duración de las penas, se simplifica la redacción de la suspensión especial para los que hubiesen delinquido a causa de su dependencia de las sustancias indicadas en el número 2º —que a diferencia del anteproyecto debe aparecer como ordinal y no cardinal— del artículo 20.

Asimismo, se alude a los “Jueces y Tribunales” en mayúsculas, en coherencia con la forma de denominación utilizada por el anteproyecto las otras veces que se les menciona, se añade el necesario consentimiento del penado, no solo por exigencias de la legislación sanitaria sino porque con tratamientos a la fuerza nada se consigue, se suprime el párrafo segundo del artículo 80.5 del texto prelegislativo por superfluo, al carecer de valor normativo, pues nada añade sino que encubre la supresión del informe obligatorio del médico forense, y se incorpora una alusión al abandono definitivo del tratamiento de deshabitación, ya que son frecuentes las recaídas, las cuales no excluyen, necesariamente, la continuidad del tratamiento.

***IV.15. Subsunción de la audiencia del ofendido en los delitos perseguibles a instancia de parte en la audiencia previa de todas las partes***

Carece de sentido mantener el artículo 80.6 del anteproyecto, que requiere la audiencia del perjudicado en los delitos perseguibles a instancia de parte, puesto que el principio de contradicción ya se reconoce, con carácter general, en el artículo 80.2 que aquí se propone, con la audiencia previa de todas las partes.

***IV.16. Adaptación del plazo de suspensión a la gravedad de las penas propuestas y eliminación de las antinomias vigentes y proyectadas***

En el marco de la amplia suspensión general que se sugiere, la cual abarca toda clase de penas menos graves y leves, la clasificación establecida en el artículo 33 del Código penal delimita los dos plazos de suspensión.

Con ello desaparecen las antinomias del Texto punitivo vigente y del anteproyecto, porque aluden a “penas privativas de libertad inferiores a dos años”, de manera que contradictoriamente excluyen la prisión de dos años pero de forma expresa la admiten en los artículos 80.1 y 81, condición segunda, del Código penal vigente o 80.1 y 80.2, condición segunda, del anteproyecto, que se refieren a la posibilidad de que la suspensión alcance a penas no superiores a dos años.

Asimismo, tanto en el actual Texto punitivo como en el anteproyecto el segundo plazo de suspensión, “de tres meses a un año para las penas leves”, resulta confuso si se contrapone a la anterior referencia a las “penas privativas de libertad inferiores a dos años”, que incluye las penas leves y da a entender que pueden suspenderse toda clase de penas, lo cual no sucede en la normativa vigente ni en la proyectada.

***IV.17. Incorporación de la audiencia del ministerio fiscal para fijar el plazo de suspensión en la audiencia previa general de todas las partes***

Se elimina del artículo 81 del anteproyecto la audiencia del ministerio fiscal al estar ya incluida en la audiencia previa general de todas las partes recogida en el artículo 80.2 de esta propuesta.

En este sentido el Consejo Fiscal tachó de absurda la escisión de la resolución judicial en dos momentos sucesivos, de concesión o denegación de la suspensión y fijación del período de prueba, por lo que propuso incorporar la audiencia del fiscal y del penado al trámite en el que se concede o deniega el beneficio y desconectarlo de la fijación del plazo de suspensión.

#### ***IV.18. Supresión del plazo especial de suspensión para los drogodependientes al seguir los criterios generales***

A diferencia del Código penal vigente y del anteproyecto, no se contempla un plazo específico de suspensión para los que hubiesen delinquido a causa de su dependencia a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, dado que se incluyen en el sistema general de suspensión que se propone, el cual permite períodos de prueba inferiores a tres años adecuados para la figura criminológica del traficante-consumidor a pequeña escala, especialmente si se tienen en cuenta las posibilidades de rebajas penológicas en materia de drogas introducidas por la reforma de 22 de junio de 2010.

### ***ART. 84 del Anteproyecto***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

##### *Sección 2ª*

##### *De la sustitución de las penas privativas de libertad*

##### *Art. 88*

*1. Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización*

*permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.*

*Excepcionalmente, podrán los Jueces o Tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.*

*En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª del apartado 1 del artículo 83 de este Código.*

*2. En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente.*

*3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### Art. 84

*El Juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:*

*1) El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.*

*2) El pago de una multa, cuya extensión determinarán el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión.*

*3) La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias*

*del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Art. 84*

*En el caso de que la pena suspendida sea la de prisión el Juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de su ejecución al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes medidas:*

*1ª) Localización permanente, que no podrá exceder de seis meses y en la que cada dos días de prisión se sustituirán por uno de localización permanente.*

*2ª) Multa, salvo que la víctima dependa económicamente del agresor, sustituyéndose cada día de prisión por una cuota de multa.*

*3ª) Trabajos en beneficio de la comunidad, previa conformidad del penado, en los que cada dos días de prisión serán sustituidos por una jornada laboral.*

### IV. MOTIVACIÓN

#### ***IV.1. Referencia expresa a la prisión en la suspensión sustitutiva y eliminación del acuerdo de mediación***

Se limita el ámbito de aplicación de la suspensión sustitutiva a la prisión por la carga adicional de medidas que implica, es eliminada la prestación sustitutiva del cumplimiento del acuerdo de mediación, al carecer actualmente de regulación en nuestro Ordenamiento jurídico, y se suprime la mención a las “prestaciones”, ahora inexistentes en el artículo 84, con lo que se corrige la discordancia del anteproyecto, el cual utiliza el plural para referirse a una sola prestación.

#### ***IV.2. Recuperación de la localización permanente como alternativa a la prisión***

El anteproyecto prescinde de la localización permanente como sustitutivo de la pena de prisión pese a su idoneidad para ser alternativa ventajosa al encierro carcelario, por lo que conviene recuperar su función sustitutiva, máxime cuando el prelegislador se olvida de que, según el artículo 37, esta sanción posee también una función de pena principal, pues de aprobarse el anteproyecto ninguna infracción en nuestro Texto punitivo sería castigada directamente con localización permanente.

#### ***IV.3. Proporcionalidad y seguridad jurídica en la sustitución de la prisión***

El Consejo General del Poder Judicial denunció la inexistencia en el anteproyecto de un criterio de proporcionalidad entre la duración de la prisión que se suspende y la extensión de la medida sustitutiva así como la inseguridad jurídica que genera la omisión en el Texto prelegislativo de criterios orientativos de conversión.

En la misma línea el Consejo Fiscal afirmó que los cánones de conversión de la prisión por estas medidas —así se las califica en los artículos 80.3 y 84 del anteproyecto, aunque contradictoriamente en la exposición de motivos se las denomina “penas”, discordancia que debe ser corregida— no pueden ser iguales a los de la sustitución clásica de la prisión por las penas, pues podría vulnerarse el principio de proporcionalidad si van acompañadas de prohibiciones y deberes e, igualmente, indicó que la admisión de cánones de conversión idénticos privaría de eficacia disuasoria al período de suspensión, ya que pagada la multa o prestados los trabajos la revocación al delinquir en el período de prueba carecería de efecto, por lo que propuso que la sustitución de la prisión por las medidas solo alcanzase la mitad o dos tercios del total de la condena.

Por consiguiente, se proponen aquí unos módulos de conversión que garantizan tanto la seguridad jurídica como la proporcionalidad, al reducirse los tradicionales a la mitad, y resultan compatibles con la nueva propuesta de elevar hasta cinco años la duración máxima de la prisión suspendible.

#### ***IV.4. Exclusión de la multa en la sustitución cuando la víctima depende económicamente del agresor***

Se descarta la sustitución de la prisión por la multa cuando la víctima dependa económicamente del agresor para evitar que la media pecuniaria recaiga sobre ella, pero no se excluye la multa sustitutiva en todo caso de violencia sexista, como ocurre actualmente con un automatismo despreciable y falta de flexibilidad incompatible con la sustitución, sistema que limita la discrecionalidad por desconfianza hacia la judicatura y cuya rigidez desconoce que existe violencia machista contra las mujeres patrimonialmente independientes, casos en los que desaparecería el mentado inconveniente de la multa.

#### ***IV.5. Incorporación del consentimiento en los trabajos y eliminación de símbolos***

La referencia a la “reparación simbólica”, contenida en el artículo 84 del anteproyecto, es suprimida porque el Código penal no es el lugar más adecuado para las figuras retóricas y se incorpora la necesaria conformidad del penado en las prestaciones laborales con el fin de eludir la proscripción constitucional de los trabajos forzados.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ABEL SOUTO, M. “Alternativas necesarias frente al punitivismo: *probation*, suspensión y sustitución de la pena de prisión en el Código penal español, reformado por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, núm. 23, mayo de 2011, pp. 339-387.
- ABEL SOUTO, M. “¿Un nuevo sistema de penas?: la *probation* y la suspensión de la ejecución de la pena”, en *Revista Penal*, núm. 27, enero de 2011, pp. 93-110.
- ABEL SOUTO, M. “Necesidad de alternativas frente a la propensión hacia el punitivismo y sustitución de la pena de prisión según el artículo 88 del Código penal español”, en MUÑOZ CONDE, F./ LORENZO SALGADO, J. M./ FERRÉ OLIVÉ, J. C./ CORTÉS BECHIARELLI, E./ NÚÑEZ PAZ, M. A. (dirs.). *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 17-46.
- CONSEJO FISCAL. *Informe al anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal*, Madrid, 8 de enero de 2013.

- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Informe al anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, Madrid, 17 de enero de 2013.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Alternativas al sistema de sanciones penales: nuevas penas y medidas restrictivas de derechos*, Gráficas Luis Mahave, Málaga, 2012.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Gráficas Luis Mahave, Málaga, 2005.
- LORENZO SALGADO, J. M. “Imputabilidad, suspensión de la ejecución de la pena y cumplimiento de la condena. (Una aproximación al tratamiento jurídico del drogodependiente en el Código penal de 1995)”, en BECOÑA IGLESIAS, E./ RODRÍGUEZ LÓPEZ, A./ SALAZAR BERNARD, I. (coords.). *Drogodependencias V. Avances 1999, Servicio de publicaciones e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela*, Santiago, 1999, pp. 15-55.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. “Comentarios a la reforma de la parte general del Código penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley orgánica (II). De la suspensión de la ejecución, de la sustitución de penas y de la libertad condicional”, en *Diario La Ley*, núm. 7991, 27 de diciembre de 2012, pp. 1-31.

## 7.2. Suspensión y sustitución

MARÍA ACALE SÁNCHEZ  
Catedrática de Derecho penal  
Universidad de Cádiz

---

### ***CAPÍTULO III DEL TÍTULO III (“De las penas”)***

ESTRUCTURA DEL CAPÍTULO III: “DE LAS FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y DE LA LIBERTAD CONDICIONAL” EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE

Sección 1ª: “de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”

Sección 2ª “de la sustitución de las penas privativas de libertad”

Sección 3ª “de la libertad condicional”

Sección 4ª “disposiciones comunes”

ESTRUCTURA DEL CAPÍTULO III EN EL ANTEPROYECTO:

Sección 1ª: “de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”

Sección 2ª “de la sustitución de las penas privativas de libertad”

Sección 3ª “de la libertad condicional”

Sección 4ª “disposiciones comunes”

## **PROPUESTA**

Reestructuración.

## **MOTIVACIÓN DE LA PROPUESTA**

La estructura no cambia, porque no se lleva a cabo una modificación más que de determinados artículos, pero no se ha tenido cuenta que ya no existe separación entre “suspensión” y “sustitución”: debe reorganizarse la distribución de las secciones.

El régimen actual de suspensión y de sustitución de penas, así como la discrecionalidad judicial que lo sustenta, sufre un golpe legislativo definitivo: se unifican.

Además, si bien el Código penal vigente la regula como alternativas a la pena de prisión de corta duración, el Proyecto permite su aplicación tanto antes de entrar en vigor, como fase intermedia para los condenados a penas de prisión permanente revisable entre la prisión y la libertad condicional, por lo que puede decirse que confunde una cosa con la otra. En efecto, se trata de una medida cuya finalidad es evitar la prisión y desde esta perspectiva se la dota de una concreta fisonomía: aplicarla ahora a quienes están en prisión, es una cuestión muy distinta.

En esta línea, la libertad condicional calza mejor en esta sede en la medida en que se convierte, como la suspensión/sustitución, en una alternativa a la ejecución de la pena de prisión, aunque sólo sea aplicable a la última fase.

Es cierto que en algunos casos juzgados y tribunales tenían que hacer un esfuerzo a la hora de seleccionar una alternativa o la otra, pero desde el punto de vista de la prevención especial, esto no ha de ser criticado, sino valorado positivamente. Ahora bien, desde el momento en el que se intentan perseguir otro tipo de finalidades de intimidación y desde el momento en el que se parte de la necesidad de “fortalecer la confianza en la Administración de justicia” a través de “un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles”, como señala la Exposición de Motivos, el nuevo régimen de la suspensión/sustitución es funcional al objetivo general marcado.

Por otra parte, se ha olvidado en el Anteproyecto de eliminar el contenido del art. 71.2 del Código penal vigente, en el que se sigue estableciendo: “no obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del Capítulo III de este Título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda”.

Tampoco se somete a reforma la definición de habitualidad del art. 94 y son dos los cambios que han de introducirse en esta sede. En este sentido se afirma en el párrafo 1º “a los efectos previstos en la sección

2º de este capítulo...”, siendo así que la división precisamente en Capítulos ha de revisarse, y en segundo lugar, en el párrafo 2º se afirma que “para realizar este cómputo se considerarán, por un parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al art. 88 y por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad”: no tiene sentido la referencia a “suspensión” o “sustitución” como mecanismos autónomos.

### *ART. 80 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*“1. Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada. En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste.*

*2. El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.*

*3. La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados.*

*4. Los jueces y tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo”.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“1. Los jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la mera imposición de la pena que se suspende resulte suficiente para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.*

*Para adoptar esta resolución el Juez o Tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, la personalidad del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“1. Los jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, y previa audiencia de las partes, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años.*

*En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal”.*

### IV. MOTIVACIÓN

Se reintroduce la referencia a la “peligrosidad criminal” del penado, tal como hace el vigente art. 80 del Código: la jurisprudencia acude a distintos criterios para valorar dicha peligrosidad, entre otros, los que la reforma incorpora al párrafo 2º aunque elimina la referencia al sustantivo “peligrosidad”, pero ni son todos, ni tiene por qué ser los únicos.

La referencia a los motivos que circunstancialmente pueden determinar que no se decrete la suspensión (*“los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la mera imposición de la pena que se suspende resulte suficiente para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”*) está haciendo referencia a la “coacción psicológica” del cumplimiento de una pena corta en prisión, más que a evitar la reinserción social del condenado.

El adverbio “fundamentalmente” hay que volver a introducirlo: la jurisprudencia ha venido entendiendo que “fundamentalmente” no significa que haya que desconocer otros datos, como por ejemplo, la clase de delito cometido (ATS núm. 1196/2000 [RJ 2000/7112]).

La peligrosidad criminal es una situación de carácter subjetivo que debe deducirse de circunstancias objetivas-subjetivas, así como de los factores sociales concurrentes y que permite prever que el sujeto volverá a cometer delitos en el futuro. Así, por ejemplo, se ha tenido en consideración para calcular la peligrosidad criminal: contraer matrimonio, encontrar un trabajo (AAP Cantabria 23 agosto 1999 [ARP 1999/3612]); buena relación familiar (AAP Las Palmas de 21 enero de 1999 [ARP 1999/478]); las circunstancias personales, o de ejecución de los hechos, que se hubiese aplicado una eximente incompleta o una atenuante de drogadicción son datos que “restan intensidad a la eventual peligrosidad sin causa aparente de un penado, ya que los delitos tuvieron aquella motivación” (AAP Castellón núm. 68-A/2001 [sec. 2ª], de 6 de marzo).

En el texto propuesto se elimina el requisito que hoy exige el art. 80 de que se decretará o no la suspensión atendiendo junto a la peligrosidad criminal, a la existencia de otros procedimientos penales contra éste. Se trata de un requisito que se incorporó al Código a través de la reforma de 2003, y con su inclusión, solventó el legislador de un plumazo y en perjuicio del reo la situación que al día de hoy se produce: en la medida en que el primero de los requisitos que se exigen es que el reo haya sido condenado por primera vez, la jurisprudencia ha venido entendiendo que solo cuando exista una condena anterior firme es posible considerar que existe una condena anterior; el mero hecho de que existan en el momento de adoptar la decisión sobre la suspensión otros procedimientos abiertos contra el mismo sujeto se ha entendido que no es causa suficiente para denegar la suspensión. El legislador en la LO 15/2003, resolvió en perjuicio del reo esta situación. Ciertamente se señala como un elemento más que ha de tener en consideración el juez para decidirse a suspender o no, pero ya ha entrado de forma clara en el Código: va en contra del principio de presunción de inocencia y supone vuelta al régimen de la vieja Ley de Condena Condicional derogada por las disposiciones derogatorias del Código de 1995.

Por lo que toca a los criterios que se incorporan al párrafo 2º para sustituir al concepto de “peligrosidad criminal” (las circunstancias del delito cometido, la personalidad del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa

esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas), la inclusión del concepto de “personalidad del penado”, desvinculada de su conducta posterior al hecho, viene a poner de manifiesto que se reincide por parte del legislador en el concepto de reinserción social de corte subjetivo, desvinculándolo de los hechos y de su comportamiento: se trata cada vez más de un derecho penal de autor, anclado en postulados que se creían ampliamente superados.

Respecto de los requisitos para adoptarla, son pocos los cambios, con la excepción de que junto al “haber satisfecho la responsabilidad civil que se hubieren originado”, se incluye ahora confundiéndolo todo “y se haya hecho efectivo el comiso acordado en sentencia conforme al art. 127 de este Código”, y se elimina el requisito que establece el vigente art. 81.3 *“salvo que el juez o tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”*. Se excluye esta cláusula a la vez que se incluye en el Anteproyecto lo siguiente *“este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el comiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo sea cumplido”*: no deja de resultar llamativa la “confianza” que en esta materia demuestra tener el legislador en el juez o tribunal, siendo así que la razón por excelencia que ha forzado al pre-legislador a presentar este Anteproyecto no ha sido otra que la “la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia” para garantizar “resoluciones judiciales previsibles”.

Sin embargo, el requisito 3º, tal como ha quedado definido parece que conlleva la asunción de una “hipoteca” penal por parte del penado. En este sentido, el actual número 3 del art. 81 señala *“que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al ministerio fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”*. En el Anteproyecto se sustituye la declaración de insolvencia y la exención por tanto del requisito por un compromiso por parte del penado de hacer frente a la misma. Ahora bien, existen delitos en los que los daños causados son tan elevados y el patrimonio del condenado es tan escaso, que difícilmente se podrá en caso alguno hacer frente a

la responsabilidad civil, a no ser que se permita el pago de cantidades simbólicas.

De todas formas, se refiere al pago por el penado, por lo que se sobre entiende que esta previsión no tendrá lugar en los supuestos en los que la responsabilidad civil sea de un tercero, de acuerdo con lo establecido en el art. 118.

La inclusión, finalmente del decomiso —que, como es sabido, no siempre será decretado— deja a las claras el afán recaudatorio de la disposición.

Por otro lado, se ha incluido la necesidad de que antes de que se adopte la decisión, se oiga a las partes pues, tras la reforma que opera el Anteproyecto del sistema conjunto de la suspensión-sustitución, desaparece. Y si bien en el ámbito de la pena de prisión es criticable el exceso de protagonismo que la LO 7/2003 concedió a las víctimas, en el caso de mecanismos que permiten que el condenado a pena de prisión no entre en el establecimiento penitenciario, se debe ser extremadamente cuidadoso con la víctima, en la medida en que aunque con esa decisión se puede estar favoreciendo la reinserción social del condenado, se puede poner en riesgo a la víctima, que se queda completamente indefensa e insegura si no se tiene en cuenta su forma de vida y sus necesidades de protección (en el momento, por ejemplo, de decidir acompañar la suspensión por medidas de alejamiento de la víctima).

### *ART. 80 apartado 3*

## **I. TEXTO VIGENTE**

### **Art. 87**

*“1. Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81, el juez o tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se en-*

*cuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

*El juez o tribunal solicitará en todo caso informe del Médico forense sobre los extremos anteriores.*

*2. En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.*

*3. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años.*

*4. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al juez o tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización.*

*5. El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.*

*Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“Art. 80.3. Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento de las prestaciones a que se refiere el número 1 del art. 84 de este Código. Asimis-*

*mo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los números 2) ó 3) del mismo precepto”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“3. Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1ª y 2ª, siempre que no se trate de reos habituales, podrá decretarse la suspensión de la ejecución de las penas de prisión inferiores a 3 años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen y se infiera que el cumplimiento de aquellas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social.*

*En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento de las prestaciones a que se refiere el número 1 del art. 84 de este Código. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los números 2) o 3) del mismo precepto”.*

### IV. MOTIVACIÓN

En torno a la duración, se sustituyen los 2 años por 3, en la medida en que se entiende que es un error: si hay un régimen general y otro especial que exige más requisitos que el primero, será porque ofrece también más al penado. Se trataría de una disposición híbrida en la que se acomodaría a la nueva “suspensión-sustitución” el régimen excepcional de sustitución previsto en el art. 88.1 párrafo 2º.

Y se menciona expresamente los fines de prevención y reinserción social a fin de resaltar legalmente la finalidad que persigue la institución. De forma contraria, parece una disposición que se otorga por obra y gracia del juzgado o tribunal de los que, por otra parte, con carácter general, tanto se desconfía.

**ART. 81 del Anteproyecto****I. TEXTO VIGENTE**

Art. 80.2

*“2. El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena”.*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el juez o tribunal, previa audiencia del ministerio fiscal, atendidos los criterios expresados en el párrafo 2º del art. 80.1.*

*En el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años”.*

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Sustitución:*

*“El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a 2 años.*

*En el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años”.*

**IV. MOTIVACIÓN**

El art. 81 regula el plazo señalando que “será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves”: no existen penas privativas de libertad entre las penas leves.

**ART. 82 del Anteproyecto****I. TEXTO VIGENTE**

*No existe una disposición similar.*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

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

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Sustitución:*

*“1. El juez o tribunal resolverá en sentencia o en auto motivado pero antes del inicio de la ejecución de la pena de prisión impuesta la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena”.*

**IV. MOTIVACIÓN**

Se incluye la referencia a que la suspensión ha de decretarse antes del inicio de la ejecución de la pena de prisión, a fin de que, lo que no es más que una alternativa a la pena privativa de libertad, no termine convirtiéndose en un beneficio penitenciario.

Por otro lado, de haberse producido el inicio de la ejecución de la pena, ya no es el juez o tribunal sentenciador sino el juez de vigilancia penitenciaria quien se encarga de velar por la ejecución. De lo contrario, se insiste, se está utilizando la modulación y, por tanto, la ampliación o reducción de la afflictividad de la pena en atención a la modalidad ejecutiva como sanción: se usa lo penitenciario con fines penales.

Finalmente, en concordancia con la propuesta de eliminación de la diferenciación entre “suspensión del resto de la pena” y “libertad condicional”, se elimina este artículo la referencia a la primera.

### *ART. 83.1 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

##### **Art. 83**

*“1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal conforme al artículo 80. 2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:”*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos. No podrán imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados”.*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

##### *Sustitución:*

*“1. A los fines de contribuir a garantizar la obligación principal, el juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones o deberes siguientes”.*

#### IV. MOTIVACIÓN

Con la propuesta, se intentan subrayar los fines que en el régimen de *probation* han de tener las pautas, obligaciones y deberes impuestos. A su vez, se elimina la referencia tan alarmista al “evitar el peligro de

comisión de nuevos delitos”, dando por sentado que la finalidad de estas pautas no es la prevención general, sino la especial, y además se elimina la última frase que establece “no podrán imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados”: no se trata de rigor necesario o innecesario, se trata de condiciones que deben ayudar al penado a cumplir la obligación principal que es la de no cometer delitos.

De nuevo llama la atención la utilización de elementos normativos tan sumamente indeterminados que quedan en manos del juez de turno del que por definición se desconfía. En este sentido, reclamar ahora su participación benévola, parece que no calza bien.

Las pautas que se incluyen en esta sede no suponen una ampliación de lo que hoy dice el Código, en la medida en que además de que casi son literalmente iguales, el actual art. 83.6 ya señala “cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad con éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona”.

### ***ART. 84 del Anteproyecto***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

##### *Artículo 83*

*“1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal conforme al artículo 80. 2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:*

*1ª. Prohibición de acudir a determinados lugares.*

*2ª. 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.*

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

*4ª. Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.*

5ª 76. *Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares.*

6ª. *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.*

*Si se tratase de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el juez o tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª de este apartado.*

*Si se tratase 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 las reglas 1ª, 2ª y 5ª de este apartado 77*

*2. Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal Sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“El juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:*

1) *El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación*

2) *El pago de una multa, cuya extensión determinarán el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión*

3) *La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión”.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Dejarlo vacío de contenido y llevar esta previsión al art. 83.1 in fine. Renumerar el precepto.*

*“El juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”.*

## IV. MOTIVACIÓN

Se elimina la referencia a las multas y a los trabajos en beneficio de la comunidad en la medida en que son en sentido estricto “penas”.

Se trata de cambiar la etiqueta de las penas de multa y trabajo, lo que las hace completamente arbitrarias: es más, en la Exposición de motivos se refiere directamente a las mismas en concepto de penas, no como pautas, deberes u obligaciones. Sobre todo porque cuando se imponen directamente como penas, tienen una duración que marca el legislador, o da las pautas para convertirlas cuando sean sustitutivas de la prisión.

### *ART. 86.3 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

*No tiene correspondencia.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*En el art. 87 se sigue sin darse cuenta de que eliminaron de un plumazo la hoja especial del Registro de penados y rebeldes para penas suspendidas.*

*“En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del art. 84 no serán restituidos. Sin embargo, el juez o Tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a sus apartados 2 y 3.*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Eliminación.*

#### IV. MOTIVACIÓN

En coherencia por la eliminación del art. 84 del Proyecto.

#### Nuevo ART. 87.2 en el Anteproyecto

##### I. TEXTO VIGENTE

*No tiene correspondencia.*

##### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*No tiene correspondencia.*

##### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*(DE ADICCIÓN)*

*“3. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena, ordenando la cancelación de la inscripción hecha en la Sección Especial del Registro Central de Penados y Rebeldes. Este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto”.*

#### IV. MOTIVACIÓN

No tiene sentido que se tenga en cuenta como antecedente penal la pena cuya ejecución sea suspendida en la que se han respetados los plazos y condiciones impuestas.

La finalidad de esta institución es la de beneficiar al reo. Cuando se eliminó este apartado especial del Registro Central de Penados y rebeldes, no se justificó en ningún sentido. Podría aprovecharse ahora la reforma para reintroducir lo que no tenía que haber salido.

**ART. 87 apartado 3 del Anteproyecto****I. TEXTO VIGENTE****Art. 85**

*“1. Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena.*

*2. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena”.*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“El Juez o Tribunal acordará la revocación de la suspensión y ordenará la ejecución de la pena conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del art. 86.1, 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”.*

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Eliminación.*

**IV. MOTIVACIÓN**

El Código debe favorecer la libertad, no incorporar mecanismos que lo convierten en un instrumento de sumisión del penado más allá del tiempo de suspensión porque aunque se trate de unos hechos cometidos en el plazo de la suspensión, la sentencia condenatoria recae después. En el fondo, con esta disposición, se está encubriendo la lentitud de la administración de justicia.

Este dato puede ser tenido como criterio de determinación judicial de la pena en el delito cometido, pero no revivir la pena originariamente impuesta porque cumplida la sanción, debe darse por saldada la deuda.

En todo caso, de recuperar la página especial del Registro Central de Penados y Rebeldes, este antecedente penal debería pasar desde allí, a la página principal y servir como elemento para el cálculo de la reincidencia y la habitualidad, dados los requisitos exigidos en uno y en otro caso.

## 7.3. Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad: Arts. 71 y 80 a 88 CP

MARÍA A. TRAPERO BARREALES  
*Universidad de León*

---

### *ART. 71 CP*

#### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 71*

*2. No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*No se modifica*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión/reubicación*

#### IV. MOTIVACIÓN

Se propone una reubicación de este artículo, en el Capítulo III dedicado a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad.

### **Capítulo III**

#### ***De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

CAPÍTULO III  
DE LAS FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*No se modifica*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*No se modifica*

#### **IV. MOTIVACIÓN**

En este capítulo III se va a regular la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (con distintas modalidades) y la sustitución de la pena de prisión impuesta al ciudadano extranjero. Por tanto, parece oportuno mantener sin cambios la rúbrica de este capítulo.

#### ***Sección 1ª***

#### ***De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

SECCIÓN 1ª  
DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*No se modifica*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*No se modifica*

## IV. MOTIVACIÓN

Sea cual sea el modelo de suspensión que se adopte, con o sin cargas o reglas de conducta (texto vigente), con o sin prestaciones (es el modelo del Anteproyecto), con o sin penas sustitutivas, en todos los casos se produce la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia.

### *ART. 80 CP*

## I. TEXTO VIGENTE

*Art. 80*

*1. Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada.*

*En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste.*

*2. El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.*

*3. La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados.*

*4. Los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos*

*incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### Art. 80

1. Los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la mera imposición de la pena que se suspende resulte suficiente para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el Juez o Tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, la personalidad del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1<sup>a</sup>) Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código.

2<sup>a</sup>) Que la pena, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3<sup>a</sup>) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el comiso acordado en sentencia conforme al artículo 127 de este Código.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el comiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido.

3. Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1<sup>a</sup> y 2<sup>a</sup> del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento de las prestaciones a que se refiere el número 1) del artículo 84 de este Código.

*Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los números 2) o 3) del mismo precepto.*

*4. Los Jueces y Tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.*

*5. Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

*El Juez o Tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.*

*En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización.*

*6. En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Art. 80*

*Cuando por apreciación de las reglas sobre aplicación de las penas previstas en este Código proceda imponer una pena de prisión inferior a 6 meses, esta será en todo caso suspendida conforme a lo dispuesto en esta sección.*

### IV. MOTIVACIÓN

Resulta necesario coordinar las modificaciones que se pretenden introducir en el Capítulo III de este título y lo dispuesto en el vigente apartado 2º del art. 71, planteado con la finalidad de evitar el cumplimiento de penas de prisión de corta duración. Para que evitar posibles

descoordinaciones producidas como consecuencia de reformas parciales del CP, se considera más correcta técnicamente la ubicación de este apartado en su lugar sistemático, en el capítulo dedicado a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Como en el Libro II del Código Penal existen reglas para la aplicación de las penas, es imprescindible que esta regulación pensada para evitar el cumplimiento de penas de prisión de corta duración también vaya referida a estas reglas del Libro II.

Ante los graves efectos desocializadores de las penas de prisión de corta duración, el elevado riesgo de contagio criminal, sin olvidar los costes económicos que entraña su ejecución, parece razonable que se acuerde de manera obligatoria la aplicación del régimen de la suspensión regulado en el CP en la pena de prisión de hasta 6 meses (este era el límite en la versión inicial del CP 1995 hasta su reforma en 2004).

Evidentemente, esta propuesta debe ir acompañada de la necesaria revisión de los marcos penales establecidos en el Libro II para delitos castigados con penas de prisión inferiores a 6 meses.

## *ART. 81 CP*

### **I. TEXTO VIGENTE**

#### *Art. 81*

*Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:*

*1ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código.*

*2ª Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.*

*3ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### *Art. 81*

*El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el Juez o Tribunal, previa audiencia al Ministerio Fiscal, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del artículo 80.1.*

*En el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA.

### *Art. 81*

*1. Los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, dejarán en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas al penado cuando su cumplimiento no resulte necesario para evitar que este vuelva a delinquir.*

*2. El plazo de suspensión será como máximo cinco años para las penas privativas de libertad de hasta tres años, y como máximo un año para las penas leves. La duración concreta se fijará por el Juez o Tribunal teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y las personales del penado.*

## IV. MOTIVACIÓN

Resulta necesario que se identifique el fundamento de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Desde esta perspectiva, deben ser razones de prevención especial las que guíen la decisión judicial, pues las exigencias de prevención general se atenderán a través de los límites temporales de las penas susceptibles de ser suspendidas.

Y si el fundamento de la suspensión está presente en el caso concreto, lo que habrá comprobado el Juez o Tribunal valorando todas las circunstancias concurrentes, en tal caso la suspensión ha de ser la resolución que se acuerde obligatoriamente.

**ART. 82 CP****I. TEXTO VIGENTE***Art. 82*

*Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los jueces y tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO***Art. 82*

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

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

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA***Art. 82*

*1. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:*

*1ª) Que la pena, o la suma de las impuestas, no sea superior a tres años, si se trata de penas impuestas por la comisión de delitos leves o menos graves, o no sea superior a dos años, si se trata de penas impuestas por la comisión de delitos graves. En este cómputo no se incluirá la pena derivada del impago de la multa.*

*2ª) Que el penado se haya esforzado en reparar el daño causado.*

*2. El Juez o Tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acre-*

*ditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

*El Juez o Tribunal ordenará la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.*

*En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización.*

*3. Los Jueces y Tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena privativa de libertad impuesta sin sujeción a condición alguna en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.*

#### IV. MOTIVACIÓN

Con los límites temporales de la duración de las penas privativas de libertad se pretende establecer el límite a la suspensión desde el punto de vista de las exigencias de prevención general. Atendida la diferente naturaleza de los delitos, graves, menos graves o leves, se propone un límite temporal diferenciado, y necesariamente ha de ser más bajo en el caso de delitos graves, si bien no se excluye la posibilidad de suspender la pena de prisión impuesta en estos casos ya que, al estar ante penas impuestas una vez realizada la individualización judicial, para que se plantee una pena de prisión de hasta 2 años han de concurrir necesariamente circunstancias especiales de atenuación de la pena. Además, también en el caso de comisión de un delito grave la suspensión de la pena de prisión se basa en el mismo fundamento, su cumplimiento no es necesario por razones de prevención especial. Y en el establecimiento del modelo concreto de suspensión se atenderá a la naturaleza del delito para establecer penas sustitutivas a la de prisión.

Se propone la suspensión de penas privativas de libertad por la comisión de delitos menos graves o leves; esta propuesta parte de la hipótesis de que la pena de localización permanente será reintroducida como pena principal en las infracciones penales de escasa gravedad.

Se prescinde de la condición de que el sujeto haya satisfecho las responsabilidades civiles; en su lugar, y para atender a los intereses de la

víctima y de la sociedad, se plantea como condición que el penado se haya esforzado en reparar el daño causado.

En este mismo artículo se propone la regulación de los supuestos especiales de suspensión ya existentes en la regulación vigente. Y en el caso de la suspensión de la pena al enfermo se corrige técnicamente su planteamiento: el fundamento de la suspensión tiene que concurrir, lo que no se exige es que cumpla las condiciones para su imposición.

En los supuestos especiales de suspensión se deja al arbitrio judicial la decisión de si procede o no la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, aunque realmente la adopción de la suspensión debería ser obligatoria en ambos casos una vez se haya apreciado que concurre el fundamento de la suspensión.

### ***ART. 83 CP***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 83.*

*1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:*

*1ª Prohibición de acudir a determinados lugares.*

*2ª 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.*

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

*4ª Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.*

*5ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares.*

*6ª 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.*

*Si se tratase 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 las reglas 1ª, 2ª y 5ª de este apartado.*

*2. Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### Art. 83

*1. El Juez o Tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos. No podrán imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados:*

*1ª 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 sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.*

*2ª Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando se trate de individuos de los que pueda sospecharse que pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. También se le podrá prohibir establecer relación, ofrecer empleo, facilitar formación o albergar a cualquiera de las personas mencionadas.*

*3ª Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo sin autorización del Juez o Tribunal.*

*4ª 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.*

*5ª Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el Juez o Tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.*

*6ª 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.*

*7ª Participar en programas de deshabituación al consumo de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes.*

*8ª 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.*

2. Si se hubiera tratado de la comisión de alguno de los delitos tipificados en los Títulos III, VI, VII u VIII y se hubiera cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1ª, 4ª y 6ª del número anterior.

3. La imposición de cualquiera de las prohibiciones o deberes de las reglas 1ª, 2ª 3ª o 4ª del apartado 1 de este artículo será comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento. Cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, será inmediatamente comunicada al Juez o Tribunal de ejecución.

4. El control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6ª, 7ª y 8ª del apartado 1 de este artículo corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria. Estos servicios informarán al Juez o Tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6ª y 8ª, y semestral, en el caso de la 7ª y, en todo caso, a su conclusión. Asimismo, informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de cumplimiento efectivo.

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

#### Art. 83

Una vez declarada la firmeza de la sentencia, y antes de que se haya iniciado su ejecución, se dará apertura al trámite procesal, con intervención de todas las partes personadas, en el que se valorará si procede o no la suspensión de la pena impuesta y, en caso afirmativo, el modelo de suspensión que más se ajuste a las circunstancias personales del penado y a las circunstancias del hecho.

El Juez o Tribunal solicitará a los servicios de gestión de penas y medidas un informe psico-social del penado. En el informe se deberán reflejar todas aquellas circunstancias que sirvan para realizar el pronóstico sobre la necesidad o no de cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta y, en su caso, sobre las reglas de conducta que podrían ser adoptadas en caso de que se acuerde la suspensión.

## IV. MOTIVACIÓN

La decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad sólo puede adoptarse una vez haya recaído sentencia firme. Han de ser escuchadas todas las partes personadas en el procedimiento. Para que el Juez o Tribunal adopte una decisión fundada en razones de prevención especial, resulta imprescindible la evaluación del penado por expertos; en el informe se detallará la situación personal, familiar y laboral, si tiene o no antecedentes penales, en su caso si se puede encontrar una explicación a su actividad delictiva previa, si hay o no riesgo de reiteración delictiva, las medidas que pueden adoptarse para controlar o eliminar este riesgo.

En la decisión que acuerde la suspensión, se debe establecer aquel régimen o modelo de suspensión que mejor se ajuste a las circunstancias del penado, pues es imprescindible valorar si concurre o no algún factor de riesgo de reiteración delictiva que pueda ser controlado o anulado a través de la imposición de reglas de conducta (denominadas deberes y prohibiciones en el texto vigente y en el Anteproyecto). Y la atención a las circunstancias del hecho cometido servirán para decidir si resulta o no necesaria la imposición de una pena alternativa a la de prisión por razones de prevención general.

### *ART. 84 CP*

#### I. TEXTO VIGENTE

##### *Art. 84*

*1 Si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena.*

*2. Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes según los casos:*

- a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.*
- b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.*
- c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.*

3. En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 84

El Juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

1) El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

2) El pago de una multa, cuya extensión determinarán el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión.

3) La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión.

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 84

1. Cuando sea necesario para evitar que el penado delinca durante el periodo de suspensión, el Juez o Tribunal impondrá alguna de las siguientes reglas de conducta:

1ª. Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o comunicarse con ellos.

2ª. Prohibición de acudir a determinados lugares.

3ª. Prohibición de abandonar el lugar de residencia sin autorización del Juez o Tribunal.

4ª. Comparecer personalmente, con la periodicidad que se determine, ante el Juez o Tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.

5ª. *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.*

6ª. *Participar en programas de deshabitación o en programas de tratamiento psicológico o de reeducación, previa conformidad del penado.*

7ª. *Cumplir las demás reglas de conducta que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de este, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.*

2. *La imposición de cualquiera de las reglas 1ª, 2ª o 3ª del apartado 1 de este artículo será comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento. Cualquier posible quebrantamiento será inmediatamente comunicado al Juez o Tribunal.*

4. *El control del cumplimiento de las reglas 5ª, 6ª y 7ª del apartado 1 de este artículo corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria. Estos servicios informarán al Juez o Tribunal sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 5ª y 7ª, y semestral, en el caso de la 6ª y, en todo caso, a su conclusión. Asimismo, informarán inmediatamente de cualquier circunstancia que resulte relevante y que pueda influir en la decisión sobre el alzamiento, mantenimiento o cambio de las reglas de conducta impuestas.*

## IV. MOTIVACIÓN

Resulta oportuno fijar el criterio rector para la imposición de reglas de conducta, atendiendo a si concurre o no algún factor de riesgo de reiteración delictiva que puede ser contrarrestado o anulado con aquellas. La regla de conducta tiene como finalidad evitar que el sujeto vuelva a delinquir, y sólo se impone si el riesgo existe; no se considera necesario establecer un régimen especial de imposición de reglas de conducta atendiendo a la naturaleza del delito cometido (no debe olvidarse que, en determinados delitos, el Juez o Tribunal obligatoriamente impone penas accesorias que tienen como finalidad la protección de la víctima y sus familiares o personas allegadas).

Se ofrece un amplio catálogo de reglas de conducta, tratando de dar respuesta a las distintas situaciones que pueden plantearse. Se mantiene la regla de conducta abierta e indeterminada (la número 7) para abarcar otros supuestos que no resulten tan habituales.

Es imprescindible que haya control sobre el cumplimiento de las reglas de conducta y sobre el seguimiento y evolución de los programas formativos y tratamientos que se han impuesto al penado.

### ***ART. 85 CP***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 85*

- 1. Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena.*
- 2. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 85*

*Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el Juez o Tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Art. 85*

*Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de las informaciones recibidas en relación con el control y seguimiento de las reglas de conducta impuestas, el Juez o Tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas reglas de conducta, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.*

## IV. MOTIVACIÓN

Como la imposición de reglas de conducta depende de que concurra o no un factor de riesgo de reiteración delictiva, parece necesario que se establezca un sistema flexible de cumplimiento de tales reglas. De esta manera se puede adecuar a la evolución que el sujeto experimente durante el periodo de prueba: si el factor de riesgo desaparece, la regla de conducta se alza, si el factor de riesgo se mantiene y/o empeora, es posible modificar la regla de conducta para elegir la que mejor se adapte a la nueva situación.

### *ART. 86 CP*

#### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 86*

*En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 86*

*1. El Juez o Tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:*

- 1) Cometa un nuevo delito durante el período de suspensión.*
- 2) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria.*
- 3) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.*
- 4) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite informa-*

*ción inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

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

*a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.*

*b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.*

*3. En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el Juez o Tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a sus apartados 2 y 3.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

#### Art. 86

*Cuando la pena privativa de libertad que se ha suspendido sea la de prisión no superior a un año, atendiendo a la naturaleza del hecho cometido, el Juez o Tribunal podrá acordar que, en su lugar, se cumpla una pena sustitutiva.*

*2. Cuando la pena privativa de libertad que se ha suspendido sea la de prisión no superior a tres años, atendiendo a la naturaleza del hecho cometido, el Juez o Tribunal acordará que, en su lugar, se cumplan dos o más penas sustitutivas.*

*3. El cumplimiento de las penas sustitutivas acordadas en aplicación de los apartados anteriores es compatible con la imposición de alguna de las reglas de conducta del artículo 84, si concurriera la condición para su adopción.*

*4. Las penas sustitutivas que se podrán imponer de acuerdo con lo establecido en los apartados anteriores son las siguientes:*

*1ª. Multa, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa. La pena de multa no podrá ser pena sustitutiva si el sujeto ha sido condenado por un delito de violencia de género.*

*2ª. Trabajos en beneficio de la comunidad, sustituyéndose cada día de prisión por una jornada de trabajos.*

*3ª. Localización permanente, sustituyéndose cada día de prisión por un día de localización permanente.*

*5. Para la duración máxima de la pena o penas sustitutivas se atenderá a las siguientes reglas:*

a) *Cuando se sustituya la pena de prisión no superior a un año de duración, la pena sustitutiva que se imponga tendrá una duración que no podrá superar el límite de los 2/3 de la pena de prisión sustituida. A estos efectos, no se tendrá en cuenta lo dispuesto en el art. 37.1 de este Código para la duración máxima de la pena de localización permanente.*

b) *Cuando se sustituya la pena de prisión no superior a tres años de duración, las penas sustitutivas que se impongan tendrán una duración que, sumadas entre sí, no podrán superar el límite de los 3/4 de la pena de prisión sustituida.*

#### IV. MOTIVACIÓN

Cuando se impone pena de prisión, puede que razones de prevención especial aconsejen la suspensión de esta pena, pero razones de prevención general exigen que, en su lugar, se cumpla una pena alternativa. Con este sistema se pretende ofrecer un modelo de suspensión-sustitución en el que se ponderen adecuadamente los fines de la pena indicados.

Es un modelo de suspensión, por tanto el fundamento de la suspensión de la pena de prisión ha de cumplirse: no es necesario el cumplimiento de la pena de prisión para evitar que el sujeto delinca en el futuro. Con el requisito de la naturaleza del hecho se permite al Juez o Tribunal valorar si, en caso de penas no superiores a 1 año, procede la suspensión sin más o, por el contrario, procede la suspensión-sustitución. Cuando la pena de prisión excede de 1 año las exigencias de prevención general son mayores, por eso la sustitución se tiene que apreciar en todo caso.

La sustitución de la pena de prisión es compatible con la imposición de reglas de conducta, pues estas reglas tratan de dar respuesta a determinadas necesidades de prevención especial.

Se propone un módulo de conversión y unos límites máximos de duración de las penas sustitutivas por dos motivos: en primer lugar, se pretende dar libertad al Juez o Tribunal para que establezca las cuantías exactas atendiendo al caso concreto; en segundo lugar, se ofrece un límite máximo que no se identifica con el límite máximo de la pena de prisión sustituida para tener cierto margen de maniobra en el establecimiento del régimen de incumplimiento y revocación de la sustitución.

**ART. 87 CP****I. TEXTO VIGENTE***Art. 87*

1. *Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81, el juez o tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

*El juez o tribunal solicitará en todo caso informe del Médico forense sobre los extremos anteriores.*

2. *En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.*

3. *La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años.*

4. *En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al juez o tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior a un año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización.*

5. *El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.*

*Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### Art. 87

1 *Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.*

2. *En el caso de que la suspensión hubiera sido concedida conforme al artículo 80.5 de este Código, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena cuando hubiere transcurrido el plazo de suspensión de la pena sin haber delinquido el sujeto, siempre que se haya acreditado su deshabitación o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.*

3. *El Juez o Tribunal acordará la revocación de la suspensión y ordenará la ejecución de la pena conforme a lo dispuesto en el apartado 1) del artículo 86.1, 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.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

### Art. 87

1. *El Juez o Tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:*

1) *Cometa un delito, menos grave o grave, durante el período de suspensión.*

2) *Incumpla de forma grave o reiterada las reglas de conducta que le hubieran sido impuestas conforme al artículo 84, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria.*

3) *Incumpla de forma reiterada las penas sustitutivas que le hubieran sido impuestas conforme al artículo 86.*

2. *Si el incumplimiento de las reglas de conducta no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el Juez o Tribunal, podrá:*

a) *Imponer al penado nuevas reglas de conducta, o modificar las ya impuestas.*

*b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.*

*3. Si el incumplimiento de la pena o penas sustitutivas no hubiera tenido carácter reiterado, el Juez o Tribunal sancionará este incumplimiento con la pena de multa de 1 hasta 30 días. A los efectos de establecer la duración exacta, se atenderán a todas las circunstancias concurrentes.*

*4. Para el caso de que se haya sustituido la pena de prisión según lo dispuesto en el art. 86 con la imposición de alguna regla de conducta del artículo 84, el Juez o Tribunal valorará si procede o no la revocación de la suspensión acordada cuando se incumpla un aspecto del régimen de suspensión acordado.*

*5. En el caso de revocación de la suspensión, el Juez o Tribunal abonará a la pena de prisión sustituida los cumplimientos parciales de las penas de multa, trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente que hubieran sido realizados, teniendo en cuenta las reglas de conversión descritas en el artículo 86.*

#### IV. MOTIVACIÓN

La primera causa de revocación, por delinquir durante el periodo de suspensión, debe restringirse y evitar su automatismo. Como mínimo, no debe adoptarse la suspensión de manera automática si el sujeto ha cometido un delito leve.

La segunda causa de revocación, por incumplimiento de las reglas de conducta, ha de entenderse que a través de la reiteración o gravedad del incumplimiento se está revelando la insuficiencia de la adopción de tales reglas de conducta para lograr el objetivo que se persigue con su imposición: que el penado no delinca.

La tercera causa de revocación, por incumplimiento reiterado de la pena sustitutiva, se restringe su adopción con la exigencia de que se trate de una reiteración; se persigue cierta flexibilidad en el cumplimiento de la pena sustitutiva para lograr la finalidad principal, evitar que se cumpla la pena de prisión sustituida.

Se propone un sistema flexible para que el Juez o Tribunal pueda acordar una solución ajustada al caso concreto en casos de incumplimientos no reiterados o graves de reglas de conducta y de penas sustitutivas. Flexibilidad que es necesaria en el caso de que el Juez o Tribunal

haya acordado la sustitución con reglas de conducta pero el incumplimiento sólo afecta a uno de los aspectos de la suspensión.

### *Sección 2ª*

### *De la sustitución de las penas privativas de libertad*

## **I. TEXTO VIGENTE**

SECCIÓN 2ª

DE LA SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

## **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Supresión de la rúbrica*

### **ART. 88 CP**

## **I. TEXTO VIGENTE**

Art. 88

*Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.*

*Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias*

*del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.*

*En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª del apartado 1 del artículo 83 de este Código.*

*2. En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente.*

*3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean substitutivas de otras.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*El artículo 88 regula la expulsión del ciudadano extranjero.*

*El contenido del vigente art. 88 pasa a refundirse, con modificaciones, en el régimen de la suspensión de la pena privativa de libertad.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Art. 88*

*1. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta y las penas substitutivas fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena.*

*2. En el caso de que la suspensión hubiera sido concedida conforme al artículo 82.2 de este Código, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena cuando hubiere transcurrido el plazo de suspensión de la pena sin haber delinquido el sujeto, siempre que se haya acreditado su deshabitación o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.*

## IV. MOTIVACIÓN

La regulación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, con particularidades en el caso de la suspensión de la pena de prisión, llega hasta el artículo 88 CP. De esta manera, se puede seguir manteniendo con contenido el art. 89 CP, precepto dedicado desde el principio a la expulsión como forma sustitutiva de la pena.

En este artículo 88 se propone la regulación de la remisión de la pena suspendida, si se han cumplido las condiciones que han sido acordadas en el modelo de suspensión acordado.

Se mantiene la regulación especial de la remisión de la pena cuando se haya acordado la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta al penado que ha cometido el delito a causa de su dependencia a determinadas sustancias.

### *Sección 4ª*

#### *Disposiciones comunes*

## I. TEXTO VIGENTE

### SECCIÓN 4ª

#### DISPOSICIONES COMUNES

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*No modifica la rúbrica de esta sección.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión*

## IV. MOTIVACIÓN

En la propuesta regulativa de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad no se ha hecho ninguna referencia al delincuente habitual. La sección, por tanto, no es necesaria.

Sólo en el hipotético supuesto de que se considerara oportuno mantener esta sección común a todo el Capítulo III, en tal caso sería necesario introducir las modificaciones oportunas: en este momento, la sección ha de ser la número 3.

### *ART. 94 CP*

#### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 94*

*A los efectos previstos en la sección 2ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.*

*Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*No se modifica*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión.*

#### IV. MOTIVACIÓN

Sólo si en la regulación de la suspensión se mantiene una mención al reo habitual tendrá sentido mantener una definición sobre la habitualidad a los efectos de la suspensión. En la propuesta alternativa que aquí se ha presentado no hay ninguna referencia al delincuente habitual, por tanto se propone la supresión de esta sección.

Si prospera la regulación propuesta en el Anteproyecto, la sección segunda será la libertad vigilada, y la definición de reo habitual no tiene aplicación en la sección segunda, sino en la sección primera.

Si en la regulación de la suspensión se va a introducir alguna referencia al delincuente habitual, en tal caso es preciso proponer una nueva definición de habitualidad. La definición del vigente artículo 94 es incorrecta y poco útil para la decisión de si procede o no la aplicación de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad.

## 7.4. Consecuencias de la modificación del régimen de sustitución: Art. 71 CP

MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN  
Profesora Contratada Doctora  
Universidad de Oviedo

---

### *ART. 71 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 71

*“1. En la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga la degradación a falta.*

*2. No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección II del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda”.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 71

*Vigésimo séptimo. Se modifica el apartado 1 del artículo 71, que queda redactado como sigue:*

*“1. En la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

#### Art. 71

*“1. En la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente.*

*2. No obstante, cuando se imponga una pena de prisión inferior a tres meses, se procederá, en todo caso, a su sustitución por la pena de días multa o por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad o por la pena de localización permanente, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en los que proceda.*

*A estos efectos un día de prisión equivaldrá, respectivamente, a dos días de días multa, a un día de trabajos en beneficio de la comunidad y a un día de localización permanente”.*

### IV. MOTIVACIÓN

El Anteproyecto sólo tiene como objetivo desterrar la referencia que en el apartado primero del artículo 71 se hace a la falta. No obstante, debido a la repercusión que la reconversión proyectada del régimen de sustitución de penas del artículo 88 en una modalidad de suspensión de la pena de prisión tiene en el apartado 2 de este artículo, se hace preciso incidir también sobre él.

A nuestro juicio, la desaparición de la sustitución de penas del artículo 88 vigente exige que el legislador se pronuncie sobre la posibilidad de articular algún instrumento que reemplace automáticamente a la pena de prisión inferior a tres meses, resultante de la aplicación de la regla del artículo 71.1, dado que en otro caso, asistiríamos una vez más a un retroceso en el objetivo de desterrar las penas cortas privativas de libertad. Lo que de cualquier forma no tiene ningún sentido en el contexto del Anteproyecto es que esa norma siga apelando a su sustitución conforme a lo dispuesto en la sección 2º del capítulo III del Título III del Libro I del CP.

Nosotros abogamos por el mantenimiento de las penas de días multa, localización permanente y trabajos en beneficio de la comunidad co-

mo penas sustitutivas de la pena de prisión inferior a tres meses en los términos actuales de conversión.

Por otra parte, teniendo en cuenta que en las sentencias de conformidad se impone la pena solicitada reducida en un tercio, aún cuando ello suponga la imposición de una pena inferior al límite previsto en el Código penal (arts. 787 y 801 LECrim), sería adecuado que el apartado 2 del artículo 71 también lo tuviera en cuenta.

## 7.5. La expulsión del extranjero: Art. 88 CP

**JUAN M. TERRADILLOS BASOCO**

*Catedrático de Derecho penal*

*Universidad de Cádiz*

**DIEGO BOZA MARTÍNEZ**

*Profesor sustituto de Derecho penal*

*Universidad de Cádiz*

---

### *ART. 88 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Artículo 89*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Artículo 88*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Artículo 89*

#### **IV. MOTIVACIÓN**

Es recomendable mantener la numeración actual y no convertir el art. 89 en el art. 88. En el mismo sentido se ha manifestado el Informe del Consejo Fiscal en su apartado Cuadragésimo Segundo.

El Anteproyecto deja sin contenido el art. 89. Proponemos dejar sin contenido el 88 y mantener, reformándolo, el 89. Desde el punto de vista de la corrección sistemática y formal es indiferente vaciar de contenido uno u otro. Desde una perspectiva funcional, la alteración en la numeración genera problemas de coordinación normativa y comporta

un perjuicio para los operadores jurídicos, al dificultar el acceso a la jurisprudencia ya existente en relación con la expulsión de extranjeros.

### *ART. 88.1 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

##### *Art. 89.1*

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

*También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

##### *Art. 88.1*

*Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas, previa audiencia del penado, por su expulsión del territorio español.*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

##### *Art. 89.1*

*1. Las penas de prisión que, aislada o conjuntamente, tengan una duración superior a un año e inferior a tres, impuestas a un ciudadano extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas, previa audiencia del penado y del Ministerio Fiscal, por su expulsión del territorio español.*

#### IV. MOTIVACIÓN

##### A)

La enmienda va referida, inicialmente, a la delimitación de las penas de prisión sustituibles. Se propone, como límite máximo, el de tres años de duración, en coherencia con el propio Anteproyecto, que utiliza ese límite en su nuevo art. 88.2.

La sustitución de penas de mayor duración entra, como se viene denunciando a propósito del texto vigente, en contradicción con el principio de reinserción, pero también con las necesidades de prevención general. De hecho, y así lo ha tenido que poner de relieve el propio Tribunal Supremo, la expulsión sustitutiva de penas de prisión de hasta seis años de duración, ha venido a transformarse en una opción criminógena, al incentivar la realización de delitos, incluso graves, que, en aplicación literal de la ley, no tenían otra consecuencia material que la repatriación del condenado.

##### B)

La generalización de la expulsión a todos los extranjeros supone cuestionar el carácter reeducador y reinsertador de las penas privativas de libertad, impuesto por el art. 25.2 de la Constitución.

Desde la redacción originaria de este precepto, en 1995, se había venido entendiendo que la resocialización, en prisión, de extranjeros no residentes legalmente en España podría suscitar problemas específicos que aconsejarían, en algún caso, optar por la medida de expulsión como sustitutiva. Sin embargo, la generalización de la expulsión a todos los extranjeros, como quiere el Anteproyecto, con independencia de la valoración jurídica de su situación de residencia en España, supone una ampliación indiscriminada de la expulsión judicial, incompatible con las exigencias constitucionales.

Es cierto que el art. 57.2 de la LO 4/2000 posibilita la expulsión gubernativa de los ciudadanos extranjeros en supuestos muy similares. No obstante, dejando a un lado la valoración jurídica que merezca esta disposición, resulta evidente que el fundamento de la expulsión gubernativa es diferente al de la penal. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en su sentencia 236/2007. Si la política de extranjería

queda al margen del art. 25.2 de la Constitución, no cabe decir lo mismo de la política criminal, a la que sirve el art. 88.1 del CP.

En consecuencia, procede mantener la fórmula actual que restringe el ámbito de la expulsión, como sustitutivo de la pena, a los casos de extranjeros no residentes legalmente en España.

C)

Hay que tener en cuenta, además, que la generalidad de la fórmula utilizada por el Anteproyecto borra las diferencias que la legislación extra-penal establece entre las diversas modalidades de residencia: no permite distinguir entre residentes y no residentes, ni entre residentes temporales y residentes de larga duración. Ni siquiera diferencia a los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares de los extracomunitarios.

La redacción del Anteproyecto engloba todas estas situaciones en la genérica y ambigua fórmula de “*ciudadano extranjero*”, haciendo *tabula rasa* de categorías jurídicas diferenciadas, tanto de las ya consagradas en Derecho interno como de las impuestas por la Unión Europea, lo que no deja de tener consecuencias materiales.

D)

Por otra parte, no hay razón político-criminal alguna que avale la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión cuando el extranjero disponga de autorización de residencia.

Una cosa es, tal como hace el vigente art. 89, poner el CP al servicio del control de los flujos migratorios, lo que ya es grave, y otra convertirlo en instrumento xenófobo de lucha contra el extranjero, ignorando los derechos inherentes al concepto de ciudadanía de la Unión Europea.

Expresamente el Anteproyecto contradice lo dispuesto en la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, *relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, cuyo art. 27, como dice el Informe del Consejo Fiscal “*si bien admite que los Estados miembros puedan limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia..., establece de forma explícita que tal decisión únicamente podrá justificarse por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, y que además*

*deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, de modo que la existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. Se exige igualmente que la conducta personal del interesado constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad sin que puedan esgrimirse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general".* El art. 28.2 de la misma Directiva enfatiza que los motivos de orden público y de seguridad en que se asienta la decisión de expulsar han de ser graves, y, si el ciudadano ha residido durante diez años en el Estado de acogida, "imperiosos".

Estos requisitos no se pueden presumir en toda condena penal superior a un año de prisión. El citado Informe del Consejo Fiscal es exhaustivo en argumentos aplicables al caso, con fundamentada apelación a sentencias tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como de nuestro Tribunal Supremo.

E)

Las anteriores consideraciones ponen en evidencia que la fórmula que propone el Anteproyecto no solo entra en contradicción con la normativa de origen comunitario que veta la consideración igualitaria de todo sujeto "extranjero"; además viola el requisito de motivación individualizada que, en todos los modelos constitucionales, debe estar en la base cualquier decisión privativa o restrictiva de derechos.

Esta ausencia de motivación individualizada —que, en lo político, supone negación de la autonomía imprescindible a la actuación judicial— queda subrayada cuando el Anteproyecto mantiene la redacción vigente, fruto de la reforma operada en el CP por la LO 11/2003, "*las penas... serán sustituidas*".

La decisión de expulsión es, pues, en principio, imperativa y vinculante para el juez.

Cierto que en el Derecho vigente se admite una excepción —"*razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*"— y en el Anteproyecto no procederá la expulsión si ésta resultare desproporcionada. Ciertamente, igualmente, que doctrina y jurisprudencia han venido sugiriendo lecturas de la norma que, desde los prin-

cipios constitucionales, pueden atemperar el automatismo legal. Pero no debe olvidarse que las excepciones legales, en cuanto solo pueden actuar en supuestos determinados, no enervan la generalidad de la regla. Tampoco debe dejarse de lado la peculiaridad del momento legiferante: es al poder legislativo al que compete una redacción legal que no termine cargando sobre las espaldas del juzgador la responsabilidad de aclarar-reconstruir lo que la ley debió dejar claramente establecido.

No es ocioso, además, recordar, con el Consejo Fiscal, que en la interpretación del art. 57 de la Ley de Extranjería, la sanción de expulsión se reserva a *“aquella minoría de extranjeros que, cualquiera que sea su situación administrativa, han acreditado un comportamiento hostil al orden público nacional, una voluntad contraria a una mínima integración en la sociedad española o un desprecio grosero de nuestro ordenamiento jurídico”*. Si todos estos extremos han de acreditarse en el orden sancionador administrativo, no es admisible que, en el orden penal, se sustituya esa obligación por el mecanicismo de la expulsión a que lleva la fórmula *“serán sustituidas”*.

Por último, se propone recuperar la intervención del Ministerio Fiscal en la audiencia en la que se determine la sustitución de la pena de prisión, dado el alcance de la expulsión y su relevancia para intereses y derechos de terceros, incluidos menores de edad. Por otra parte, la intervención del Ministerio Fiscal resulta ineludible, incluso con la formulación del precepto que propone el Anteproyecto, si se quiere dotar de vigencia a la posibilidad, excepcional y limitada pero no inexistente, de aplicación del art. 88.3, que exige una valoración, con posibilidades de contradicción, de las circunstancias del hecho y las personales del autor.

## *ART. 88.2 del Anteproyecto*

### I. TEXTO VIGENTE

#### *Art. 89.5.*

*Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán, en sentencia o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al*

*tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de tres años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el Juez o Tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En este caso, cumplida la parte de la pena que se hubiera determinado, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión.*

## IV. MOTIVACIÓN

La supresión es coherente con la enmienda propuesta al art. 88.1, motivación A).

La prisión de hasta tres años de duración, puede ser sustituida por expulsión. Si se impone y ejecuta una pena de prisión por encima de ese límite, lo coherente es estar a los resultados reinsertadores de la misma, de acuerdo con las reglas generales, ya que, en estos casos, la nacionalidad del condenado no aporta elementos diferenciadores que puedan justificar una respuesta legal específica, que resultaría discriminadora.

Ejecutar, como propone el Anteproyecto, la pena y después la medida de expulsión —que deja de ser sustitutoria para pasar a ser acumulativa—, viola las exigencias del principio de igualdad —respecto a los ciudadanos no extranjeros—, del *non bis in idem* y de reinserción, todos ellos con apoyatura constitucional que no puede desconocer el legislador.

Debemos recordar, además, que en la normativa penitenciaria —artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario— se establece la posibilidad de que el extranjero en situación de libertad condicional, cuando así lo solicite, cumpla dicho período de su condena en su país. Existen, por tanto, posibilidades normativas respetuosas con el principio *non bis in ídem*, que compatibilizan la pena de prisión y la repatriación al país de origen del penado.

### ***ART. 88.3 del Anteproyecto***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 89.1*

*...salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*3. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*3. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del penado, tales como su condición de residente y su residencia en España, su edad, las consecuencias para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia del país de origen la expulsión resulte inadecuada o desproporcionada.*

#### IV. MOTIVACIÓN

A)

En primer lugar, se propone la sustitución del término autor por el de penado, que comprende mejor las situaciones del individuo cuyas circunstancias han de ser valoradas. La expulsión prevista no es solo aplicable a los autores de los hechos sino también a todos los penalmente responsables, autores o no, siempre que sean extranjeros y se les imponga una pena de prisión superior a un año e inferior a tres.

B)

El término arraigo debe ser sustituido porque tiene, en materia de extranjería, un contenido ambiguo. Así, nos encontramos con un concepto normativo que se deriva del Real Decreto 557/2011, en virtud del cual se posibilita el acceso a la residencia por circunstancias excepcionales a aquellos extranjeros que cumplan con una serie de condiciones que se engloban reglamentariamente bajo el concepto de “arraigo”, pero que tienen contenidos distintos: arraigo familiar, arraigo social, arraigo laboral.

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha ido configurando un concepto de arraigo que puede identificarse con *“los vínculos que unen al extranjero recurrente con el lugar en que resida, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral, académico o de otro tipo y que sean relevantes para apreciar el interés del recurrente en residir en el país”* (Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de enero de 2007, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Sexta).

Así pues, concepto normativo y concepto jurisprudencial no coinciden. El arraigo no es un suceso dicotómico que solo pueda concretarse en términos de existencia o inexistencia, sino que admite diferentes grados de intensidad. La posibilidad de gradación ha generado una notable divergencia de criterios en la práctica judicial, a la hora de apreciar la concurrencia de arraigo como límite a la sanción de expulsión gubernativa. No es deseable que tal divergencia pueda reproducirse en el ámbito penal.

La fórmula que se propone proviene de la Directiva del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de ter-

ceros países residentes de larga duración, y recoge los elementos que la Directiva exige tener en cuenta a los Estados miembros antes de adoptar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración.

Estos elementos coinciden con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación del derecho a la vida familiar, consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como un límite a las expulsiones de determinados extranjeros.

### *ART. 88.5 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

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

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

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

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Supresión.*

#### **IV. MOTIVACIÓN**

La autorización de trabajo y residencia responde a razones de política migratoria que nada tienen que ver con la lógica preventiva propia del sistema penal.

La ejecución de la decisión del juez penal asegura los objetivos pretendidos por el precepto, sin que éste pueda, incurriendo en desmesura punitiva y en incoherencia jurídica, extender sus efectos *ultra vires*.

La normativa de extranjería, por su parte, contiene elementos suficientes para imposibilitar el acceso a la situación de legalidad documental del condenado que tuviera pendiente un procedimiento administrativo de autorización para residir o trabajar en España. De hecho, el artículo 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000 establece que para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España.

### **ART. 88.6**

#### **I. TEXTO VIGENTE**

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

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

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

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*6. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa. En ambos casos, se tendrá en*

*cuenta, para fijar la duración de la prisión o de la prohibición de regreso restante, el período ya cumplido de prohibición de regreso.*

## IV. MOTIVACIÓN

La expulsión como medida se agota en sí misma, por tanto ya está ejecutada en el momento en que el extranjero es enviado coercitivamente al país de origen. Pero conlleva, como consecuencia intrínseca, una prohibición de regreso cuya duración se fijará, a tenor del vigente art. 89.2, y del 88.4 del Anteproyecto.

Resulta discutible, dada la diversa naturaleza de ambas, la sustituibilidad pena inicial-prohibición de regreso. No obstante, puede entenderse la prohibición de regreso como una consecuencia obligada legalmente de la expulsión, por lo que su vulneración podría plantear la necesidad de cumplir la pena sustituida, siempre teniendo en cuenta la parte de la prohibición de regreso ya cumplida.

No obstante, el caso que no presenta ninguna duda es el de detección en frontera. La tentativa de incumplir dicha medida de prohibición de regreso no puede ocasionar el reinicio de dicho período de prohibición, puesto que supondría una clara violación del principio *non bis in idem*.

### *ART. 108 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

*1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.*

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

*En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.*

*2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.*

*3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*1. Las medidas de seguridad privativas de libertad que fueran impuestas a un ciudadano extranjero podrán ser sustituidas por el Juez o Tribunal, en la sentencia o resolución que las imponga, o en otra posterior, por la expulsión del territorio nacional, salvo que excepcionalmente y de forma motivada se aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España o que la expulsión resulte desproporcionada.*

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

*En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.*

*2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.*

*3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión.*

#### IV. MOTIVACIÓN

Tal como observa el Informe que, sobre el texto del Anteproyecto, elaborara el Consejo General del Poder Judicial (Sexagésimo cuarto), se trata de una *“medida de carácter defensivo. Su falta de contenido preventivo, así como la referencia a la naturaleza del delito hace que solo formalmente pueda ser considerada una medida de seguridad”*.

Dicho de otro modo: se trata de una pura decisión inocuizadora de naturaleza administrativa. Inadmisibile en el Código Penal.

Por tanto, sigue vigente la crítica doctrinal —unánime— que ve en el precepto una inexplicable suplantación de los fines propios de la medida de seguridad por los exclusivamente inocuizadores de la expulsión; un flagrante desconocimiento del fundamento de las medidas, que no se vinculan al delito sino al delincuente, y de su naturaleza, incompatible con la predeterminación cronológica fija; una genuina manifestación de insolidaridad internacional en la lucha contra el crimen; una grave conculcación del principio de culpabilidad, así como del de jurisdiccionalidad —dado su automatismo— o del *non bis in idem*, en caso de quebrantamiento; etc. etc.

Existe otro argumento, quizá más decisivo: la medida de seguridad de expulsión ya está prevista, desde la LO 15/2003, en el art. 96 del CP, y dado que nunca es obligatorio para el juez imponer una medida privativa de libertad, siempre podrá optar por la expulsión, ya en el momento de la sentencia, ya en fase de revisión de la medida impuesta. Y todo ello de acuerdo con reglas generales, y no, como pretende el art. 108 tanto en el Código vigente como en el Anteproyecto, a la vista de las circunstancias del extranjero, circunstancias que nada deben quitar ni pone en un procedimiento dirigido a determinar la eventual peligrosidad criminal de un sujeto y a seleccionar las medidas legales más idóneas para neutralizarla.

Por otra parte, hay que dar por reproducidas aquí las motivaciones que acompañan a las enmiendas propuestas al proyectado art. 88.

## 7.6. Libertad condicional: Artículos 90, 91, 92 y 93 CP

**CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE**

*Profesora Contratada-Doctora de Derecho Penal  
Universidad de Castilla-La Mancha*

**CRISTINA GUIASOLA LERMA**

*Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad Jaume I, Castellón*

**MARÍA ACALE SÁNCHEZ**

*Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Cádiz*

---

### I. TEXTO VIGENTE

*Sección 3ª (Capítulo III del Título III del Libro II). De la libertad condicional*

*Art. 90*

*1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:*

- a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.*
- b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.*
- c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.*

*No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.*

*Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además 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 identifica-*

*ción, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.*

*2. El juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código.*

#### *Art. 91*

*1. Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales o ocupacionales.*

*2. A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los apartados a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.*

#### *Art. 92*

*1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber*

*extinguido las tres cuartas partes de aquélla, o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional.*

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

*2. Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.*

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

#### *Art. 93*

*1. El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.*

*2. En el caso de condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en este período de libertad condicional el condenado delinquire, inobservare las reglas de conducta o incumpliere las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda.*

*3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Sección 2ª (Capítulo III del Título III del Libro I). De la libertad condicional  
Art. 90

1. El Juez o Tribunal acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que se encuentre clasificado en tercer grado.
- b) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta.
- c) Que haya observado buena conducta.

Para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, 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.

2. También podrá acordarse la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que hayan extinguido dos terceras partes de su condena.
- b) Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupaciones, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.

c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado anterior, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena.

A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a y c del apartado 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

3. Excepcionalmente, podrá acordarse la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados en que concurran los siguientes requisitos:

a) *Que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión, y que ésta no supere los tres años de duración.*

b) *Que hayan extinguido la mitad de su condena.*

c) *Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado 1, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena, así como el regulado en la letra b) del apartado anterior.*

*Este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales.*

4. *El Juez o Tribunal podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

5. *En los casos de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, resultarán aplicables las normas contenidas en los artículos 81, 82.2 y 83 a 87 de este Código. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento.*

6. *La revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena.*

7. *El Juez o Tribunal resolverán sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado. En el caso de que la petición no fuera estimada, el Juez o Tribunal podrán fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada.*

8. *En el caso de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de*

*abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.*

*Los apartados 2 y 3 no son aplicables a las personas condenadas por la comisión de alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código o por delitos cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales.*

*Art. 91*

*1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los penados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos exigidos en el artículo anterior, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, las dos terceras, o, en su caso, la mitad de la condena, podrán obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional.*

*El mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, y así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del Juez o Tribunal, se estimen necesarios.*

*2. Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez o Tribunal que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.*

*3. Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el Juez o Tribunal podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior.*

*En este caso, el penado estará obligado a facilitar al Servicio Médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el Juez o Tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad.*

*El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional.*

*4. El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permi-*

ta mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

5. Son aplicables las disposiciones contenidas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo anterior.

#### Art. 92

El Tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el penado haya cumplido de forma efectiva veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.

b) Que se encuentre clasificado en tercer grado.

c) 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 una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el Centro Penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 se realizará con relación al conjunto de delitos cometidos valorado en su conjunto.

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

3. La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo 2º del artículo 80.1 y en los artículos 82.2 y 83 a 87 de este Código.

4. *Extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el Tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, sobre el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional. El Tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

#### Art. 90

1. *El Juez de Vigilancia Penitenciaria concederá la libertad condicional a los penados que cumplan los siguientes requisitos:*

- a) *Que se encuentren clasificado en tercer grado;*
- b) *Que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena;*
- c) *Que hayan observado buena conducta y existan sobre los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.*

*Para acordar la concesión de la libertad condicional, el Juez de Vigilancia Penitenciaria valorará 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 personales y sociales así como su actitud y comportamiento efectivo tendente a resarcir el daño ocasionado por el delito.*

2. *También se acordará la concesión de la libertad condicional a los penados que, satisfechas las circunstancias a) y c) del apartado anterior, cumplan los siguientes requisitos:*

- a) *Que hayan extinguido dos terceras partes de su condena;*
- b) *Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupaciones, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de las circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.*

3. *A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias a) y c) del apartado 1, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena.*

*Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente o con un aprovechamiento relevante las actividades indicadas en el apartado anterior o bien se acredite la participación efectiva y favorable en programas de tratamiento, de reparación a las víctimas o de desintoxicación, en su caso.*

*4. Excepcionalmente, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá conceder la libertad condicional a los penados, que satisfechas las circunstancias a) y c) del apartado primero y b) del apartado 2, cumplan los siguientes requisitos:*

*a) Que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión, y que ésta no supere los tres años de duración;*

*b) Que hayan extinguido la mitad de su condena.*

*Art. 91*

*1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los penados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan salvo el temporal los requisitos establecidos, podrán obtener la concesión de la libertad condicional por razones humanitarias y de dignidad personal. El mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, y así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del Juez de Vigilancia Penitenciaria, se estimen necesarios.*

*2. Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales, la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto, variables que sustituirán la exigencia del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.*

*3. Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior.*

*Art. 92*

*1. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponer motivadamente la observancia de una o varias de las prohibiciones y deberes contenidos en el artículo 83 del presente Código. Asimismo, a partir de la posible variación de las circunstancias valoradas, podrá acordar la imposición de nuevas prohibiciones o deberes, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas o el alzamiento de las mismas.*

2. *El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al penado para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquiere, inobservare las prohibiciones o deberes o dejase de concurrir en él la circunstancia c) del artículo 90.1, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, regresando el penado a prisión en el grado que corresponda, sin perjuicio del tiempo pasado en libertad condicional.*

3. *El Juez de Vigilancia podrá decretar la suspensión cautelar de la libertad condicional si apreciase la concurrencia de circunstancias que pudieran dar lugar a la revocación o cuando el liberado reingrese en prisión por condena impuesta por hechos anteriores a la aprobación de la libertad condicional. Acordada la suspensión, y practicadas las pruebas necesarias, dictará auto revocando la libertad condicional, alzando la suspensión o ampliando la libertad condicional a la nueva causa.*

#### Art. 93

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

## IV. BREVE MOTIVACIÓN

***Sobre la naturaleza de la libertad condicional:*** La conversión de la libertad condicional en una modalidad de suspensión de la penas de prisión planteada por el Anteproyecto supone la desnaturalización de esta figura y, con ello, del sistema de individualización científica establecido por la Legislación penitenciaria como modelo de ejecución penitenciaria (art. 72 LOGP), hasta el momento no cuestionado ni por la doctrina ni por la praxis penitenciaria. Desde sus orígenes, la libertad condicional ha ido unida al sistema progresivo primero, y al de individualización científica después, como última fase de cumplimiento de las penas de prisión. Su diferente naturaleza y finalidad chocan con el intento de asimilación de ambas figuras. Frente a la suspensión o sustitución, cuya finalidad no es sino limitar la utilización de la pena de prisión a los

supuestos imprescindibles, evitando el ingreso de delincuentes primarios cuando se entiende que no es necesario, la libertad condicional se configura como última fase de cumplimiento de la pena de prisión del condenado que ha entrado en prisión cuando existe un pronóstico de reinserción favorable que permite el resto del cumplimiento en un régimen de libertad.

Un cambio en su naturaleza parte del falso entendimiento, ya evidenciado en la LO 7/2003, de 30 de junio, de que el cumplimiento en tercer grado y en libertad condicional no es cumplimiento de pena. Tal cambio parece justificado por la propia Exposición de Motivos para generalizar la excepción establecida por la LO 7/2003 consistente en la no deducción del tiempo disfrutado en libertad condicional del cómputo del tiempo restante por cumplir en los supuestos de revocación de la libertad condicional para los condenados por terrorismo. Esta excepción, ampliamente criticada por la doctrina por vulnerar el principio de cosa juzgada, el de seguridad jurídica y el de igualdad, quedaría ahora justificada en la conversión de la libertad condicional en un mecanismo de suspensión de la condena. Tal conversión, unida a la atribución competencial al Juez o Tribunal sentenciador, puede traer como consecuencia un nuevo endurecimiento en su concesión, en la línea del camino iniciado con las reformas de 2003.

***Sobre el órgano competente de la concesión de la libertad condicional:*** Si bien el art. 90.1, primer párrafo, mantiene la competencia para su concesión en el Juez de Vigilancia Penitenciaria, el resto de apartados de este artículo así como los restantes refieren continuamente la competencia a los Jueces y Tribunales sentenciadores. Al margen de la contradicción existente en el texto, asignando la misma competencia a dos órganos jurisdiccionales diferentes, la atribución a los Jueces y Tribunales podría encontrar su justificación en la nueva naturaleza que el Anteproyecto pretende atribuir a la libertad condicional, como forma de suspensión de la pena, en tanto es a aquéllos a los que corresponde según el Código la decisión sobre la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad. No obstante, además de suponer una sobresaturación de trabajo a los Jueces y Tribunales, que carecen de la cercanía que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria tienen respecto a la ejecución y del conocimiento de la evolución del penado en el centro, la atribución de esta competen-

cia a los Jueces y Tribunales es incoherente con la línea seguida desde el CP de 1995 de incremento de atribuciones de competencias en materia de ejecución a aquéllos en detrimento de estos últimos.

Sin embargo, y en tanto se defiende que debe mantenerse la naturaleza de la libertad condicional como la última de las fases de ejecución de la pena de prisión, la competencia sobre su adopción no se refiere a la aplicación de la pena, propia de los Jueces y Tribunales, sino a la ejecución de la misma, por lo que debe seguir atribuida al Juez de Vigilancia Penitenciaria, a quien, como establece el artículo 76.2 LOGP le corresponde la competencia sobre la resolución de las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

**Sobre los requisitos:** Si bien el Anteproyecto mantiene los tres requisitos tradicionales para la concesión de la modalidad ordinaria (clasificación en tercer grado, extinción de  $\frac{3}{4}$  de la pena impuesta y observancia de buena conducta), suprime la exigencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido en el informe final de la Junta de Tratamiento previsto en el artículo 67 LOGP así como la exigencia de la satisfacción de la responsabilidad civil, que la reubica en el punto cuarto como una causa de denegación de la suspensión de ejecución.

En cuanto a lo primero, se propone mantener la exigencia de tal informe, puesto que normalmente será en él donde el Juez de Vigilancia encuentre las variables que el Anteproyecto introduce expresamente para evaluar la concesión de la libertad condicional y será la Junta de Tratamiento la competente para valorar el cumplimiento de los requisitos a partir del conocimiento del expediente del interno.

Y respecto a la exigencia de la satisfacción de la responsabilidad civil, requisito incorporado por la LO 7/2003, y criticado por la doctrina por condicionar la evolución penitenciaria a un criterio civil compensatorio, se propone su introducción como una variable más, dentro de las que sirven para justificar la buena conducta y el pronóstico de reinserción favorable, referida a la actitud y al comportamiento efectivo del interno tendentes a resarcir el daño ocasionado por el delito, que puede ser particularmente relevante en determinados delitos, como los delitos contra el orden socioeconómico o los delitos contra la Administración pública, donde el ánimo de lucro ha sido el móvil principal del sujeto. De hecho

los Jueces de Vigilancia están imponiendo como una de las reglas de conducta que posibilita la libertad condicional a penados con responsabilidades civiles de importancia la obligación de satisfacer una determinada cantidad mensual hasta el completo pago de la responsabilidad civil pendiente, al amparo del art. 83.1 5º CP.

Paralelamente se propone la supresión del punto 4 del artículo 90, que establece como causas de denegación que el sujeto haya dado información inexacta o insuficiente del paradero de bienes u objetos cuyo comiso se hubiera acordado, no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, tanto desde un punto de vista sistemático, puesto que los requisitos que hacen beneficiario de la libertad condicional se contienen en el primer punto, como desde un punto de vista material, en tanto estas circunstancias deberían quedar englobadas dentro de la exigencia de buena conducta y pronóstico de reinserción.

En cuanto a las *distintas modalidades*, el Anteproyecto incorpora correctamente al segundo párrafo del artículo 90 la modalidad de libertad condicional anticipada a las 2/3 partes de la condena regulada hasta el momento en el artículo 91.1 CP y elimina su carácter excepcional. No obstante, para reforzar su condición de derecho subjetivo debe sustituirse la posibilidad de concesión por “también se acordará la concesión”.

También es correcta la configuración alternativa introducida por el Anteproyecto respecto al requisito del desarrollo de actividades laborales, culturales u ocupaciones, ya se hayan realizado de manera continuada, ya lo hayan sido con un aprovechamiento notable para la evolución del penado. De esta manera se amplía la posibilidad de su aplicación a casos en los que no se haya podido dar ese desarrollo continuado, por ejemplo, por insuficiencia material o temporal, o por no haberse considerado necesario dentro de las actividades incorporadas al Programa Individualizado de Tratamiento (PIT).

No obstante, se propone una mejora en la redacción, incorporando al inicio del párrafo la exigencia del cumplimiento de los requisitos a) y c) establecidos en el art. 90.1.

En un tercer punto diferenciado del supuesto anterior debe quedar incorporada la tercera de las modalidades, también de libertad condicional anticipada, consistente en el adelantamiento de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, una vez extinguida la mitad de la condena. Al haberse suprimido en la modalidad anterior la exigencia del desarrollo “continuado” de actividades laborales, culturales u ocupaciones, y en tanto muchas de éstas quedarán integradas dentro de los programas individualizados de tratamiento, parece más procedente requerir de manera alternativa la realización continuada o con aprovechamiento relevante en las mismas o bien la participación efectiva y favorable en programas de tratamiento, reparación a las víctimas o de desintoxicación.

Respecto a la cuarta modalidad introducida por el Anteproyecto que permite, de manera excepcional, la concesión de la libertad condicional una vez extinguida la mitad de la condena para los penados que cumplan su primera condena de prisión, siempre que ésta no supere los tres años de duración, se propone la supresión de la imposibilidad de concesión de esta modalidad para los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, que no hace sino crear subsistemas de cumplimiento excepcionales para determinados tipos delictuales, con independencia de su pronóstico de reinserción, y mostrando desconfianza ante la Administración penitenciaria y los Jueces de Vigilancia, competentes para valorar la procedencia de su concesión. No se entiende por qué se excluyen a estos sujetos y no, por ejemplo, a los condenados por violencia de género. Se ignora con ello que la LOGP ya dispone de los mecanismos necesarios para impedir que los penados con un pronóstico desfavorable de reinserción accedan al tercer grado, requisito para la concesión de esta modalidad.

La remisión realizada por el punto quinto del art. 90 del Anteproyecto a las normas contenidas en los artículos 81, 82.2, 83 y 85 a 87 sobre suspensión de la pena no es procedente y se solicita su supresión.

El primero de ellos, referido al plazo de suspensión, distorsiona sobremanera el cómputo de la libertad condicional, en tanto establece los plazos de suspensión de las penas privativas de libertad inferiores a dos años (de 2 a 5 años) y de las penas leves (de 3 meses a 2 años), así como de los supuestos de drogdependencia (3 a 5 años) pero nada dice res-

pecto a los plazos de suspensión de penas superiores a dos años. Además entra en contradicción con la previsión establecida en el art. 90.5 de que la duración de la suspensión no puede ser inferior a la duración de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. Ya se interprete que en los supuestos de penas superiores a dos años el tiempo que debe durar la libertad condicional sea el del plazo marcado para las penas inferiores a dos años (2 a 5 años), ya que en estos casos sea el tiempo restante de la condena, se perjudica a los condenados a penas de menor duración, a los que se les puede exigir un cumplimiento tasado en esas horquillas temporales que resulte mayor que el que la pena que reste por cumplir. Por otro lado, la previsión de que el plazo de suspensión de la ejecución y la libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento deja la puerta abierta de manera inadmisiblemente a que el plazo supere el tiempo restante, violentando principios como la proporcionalidad o la seguridad jurídica.

En todo caso, sorprende además el olvido del prelegislador respecto a la derogación del artículo 93, que deja vigente y que entra en abierta contradicción con lo establecido en los puntos 5 y 6 del Anteproyecto.

Por todo ello, debe mantenerse la previsión actualmente contenida en el artículo 93, que establece que el período de libertad condicional durará el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena, lo que es coherente con el sentido de la libertad condicional como última fase de cumplimiento, donde se ejecuta la fase final de la condena. Esta previsión deberá quedar incluida en el artículo 92, como se verá a continuación.

Tampoco procede la remisión al artículo 82.2 en tanto el plazo de la libertad condicional debe computar no desde la fecha de la resolución que la acuerda sino desde que se produce la excarcelación del penado.

Razones sistemáticas basadas en evitar la reiteración justifican la idoneidad de la técnica utilizada en el Anteproyecto, al igual que el texto actual en su art. 90.2, remitiendo a las prohibiciones y deberes establecidos para la suspensión por el Código así como sobre el órgano competente para controlar su cumplimiento e informar al Juez de Vigilancia, previsiones ambas contenidas en el art. 83. Puesto que debe ser el Juez de Vigilancia, y no el Juez o Tribunal, el que tenga la capacidad de modificar, en su caso, esas reglas de conducta, es más procedente que

la remisión al contenido del art. 85 se realice desde la regulación de la libertad condicional (en el artículo 92 propuesto). La misma razón justifica que la regulación sobre la revocación de la libertad condicional no se haga por remisión al artículo 86, sino que se prevea expresamente en el artículo 92.

Puesto que se propone el mantenimiento de la libertad condicional como la última fase de la ejecución de la pena de prisión, queda sin sentido también el reenvío al art. 87, referido a la remisión de la pena una vez que haya transcurrido el tiempo de suspensión o bien a la revocación de la suspensión y ejecución de la pena si el penado hubiera sido condenado con posterioridad a la finalización del plazo de suspensión por un delito cometido con anterioridad.

En cuanto al procedimiento para su adopción, y frente a la previsión establecida en el Anteproyecto que señala que se instará a petición del penado, la consideración de la libertad condicional como una modalidad de ejecución dentro del sistema de individualización científica hace más conveniente mantener la tramitación actual de oficio, por parte de la Administración Penitenciaria, una vez que los órganos encargados de supervisar el proceso evolutivo del penado confirmen el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 90.1, conforme a lo establecido en el art. 72.4 LOGP, que impide mantener a un interno en un grado inferior al que le corresponde por su evolución en el tratamiento y a los arts. 194 y ss. RP que regulan el procedimiento de remisión al Juez de Vigilancia. Tampoco se deja en manos del interno la clasificación en segundo o tercer grado de tratamiento. En cualquier caso, ante la inactividad de la Administración en la iniciación del expediente de libertad condicional, el penado siempre puede dirigirse al Juez de Vigilancia que deberá acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos (art. 76.2 g) LOGP).

Se propone igualmente la supresión del apartado nº 8, que condiciona el acceso a la libertad condicional para los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de organizaciones criminales, a la colaboración activa de los penados con las autoridades. La subordinación del acceso al último grado de cumplimiento a conductas de naturaleza delatora o

moralizante (en el caso del perdón), además de ser inviables en muchos casos tanto porque el modelo de cumplimiento de este tipo de delincuencia impide una actuación colaborativa del penado, como porque para acceder al tercer grado ya se habrá desvinculado efectivamente de la banda armada o de la organización criminal, supone una interferencia ideológica, una inexigible autopuesta en riesgo y una evidente vulneración de los principios de igualdad y de reinserción. También por contradicción con éstos, se considera que es necesario eliminar la imposibilidad de concesión de las dos modalidades de adelantamiento de la libertad condicional y de concesión a la mitad de la condena para este tipo de criminalidad.

En cuanto a la libertad condicional para mayores de 70 años y enfermos muy graves con padecimientos incurables, la redacción aquí propuesta para el art. 91 mantiene esencialmente la formulada en el artículo 92 del actual Código y 91 del Anteproyecto, salvo la reiteración de los plazos temporales para la concesión de la libertad condicional por la referencia genérica al requisito temporal y la inclusión de la justificación de esta modalidad “por razones humanitarias y de dignidad personal”, tal y como ya recoge para el tercer grado por razones humanitarias el art. 104.4 RP. La exigencia del requisito de buena conducta debe ponerse en todo caso en relación con la exigencia requerida para esta modalidad consistente en la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto. La presencia de estas variables sustituirá el requerimiento de la existencia de un pronóstico final de reinserción y así se introduce en el texto expresamente, puesto que la finalidad de esta modalidad no es la de regresar paulatinamente al penado a la sociedad sino la de evitar por razones de humanidad su muerte en la prisión.

No obstante, de continuar manteniéndose en el texto del Anteproyecto requisitos como el arrepentimiento o la colaboración en el caso de delincuencia organizada o terrorista o, de manera más matizada que en el texto actual, la satisfacción de la responsabilidad civil, sería necesario clarificar si en estos supuestos se exime a los penados sólo del requisito temporal o también del resto, priorizando criterios humanitarios. En este caso debería proponerse una redacción alternativa de este precepto que eximiera también de estos otros requisitos y no sólo del temporal,

lo que sí recoge el Anteproyecto pero sólo para los supuestos de riesgo vital.

Se solicita la supresión de la obligación de facilitar la información necesaria sobre la evolución de la enfermedad al Servicio Médico penitenciario, al médico forense o aquél que determine el Juez, y la posibilidad de revocación en caso de incumplimiento. Su carácter de advertencia tropieza con el sentido piadoso de esta modalidad, que no es sino evitar la muerte de penados con falta de peligrosidad dentro de la prisión. En cualquier caso un supuesto así podría ser un elemento que diera lugar, en su caso, a la revocación por falta de los requisitos que motivaron la adopción de la medida, en concreto, la buena conducta, por lo que parece innecesaria su previsión expresa.

Por último, la sujeción de esta modalidad a las causas de revocación y a la posibilidad de condicionamiento al cumplimiento de deberes o prohibiciones al proponer la ubicación de este artículo delante del artículo 92 propuesto hace innecesarias las previsiones establecidas en el Anteproyecto en los puntos 4º y 5º.

Por razones sistemáticas, en tanto son previsiones que deben ser aplicables tanto a las modalidades de libertad condicional establecidas en el art. 90 como a la recogida en el art. 91, la adopción de prohibiciones y deberes y la posibilidad de modificación de los mismos, el cómputo de duración de la libertad condicional así como las causas de revocación deben regularse en un artículo específico, el 92. A las causas de revocación recogidas en el texto actual en el art. 93, comisión de un delito o inobservancia de las reglas de conducta, se añade una tercera, la falta de cumplimiento del requisito establecido en el art. 90.1 c) (ausencia de buena conducta o de pronóstico favorable de reinserción), puesto que puede haber supuestos de involución tratamental que no sean detectables por el incumplimiento de una obligación meramente formal y que justifiquen la regresión a régimen de cumplimiento en prisión. Estos casos deberían servir para cubrir los supuestos en los que se revoque la libertad condicional por una mala conducta penal, sin esperar a que exista sentencia firme condenatoria, siendo éste uno de los temas más controvertidos por la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia (habiendo reclamado la reforma del CP para aclarar este aspecto los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, Criterios nº 135).

Se incluye un tercer párrafo, retomando la regulación prevista en el Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria (art. 49), propuesta por GARCÍA VALDÉS (2002, 1069 y ss.) y posteriormente prevista en el Anteproyecto de Reforma del CP de 2003 (art. 93), si bien no se reflejó finalmente en el texto de la LO 15/2003, sobre los supuestos en los que el Juez de Vigilancia pueda decretar la suspensión cautelar de la libertad condicional cuando se hayan adoptado medidas cautelares personales que priven o limiten la libertad del liberado condicional o bien éste reingrese en prisión por una condena impuesta por hechos anteriores a la aprobación de la libertad condicional.

Por razones sistemáticas, que justifican una regulación de las diferentes modalidades de libertad condicional en el mismo texto normativo, se propone la inclusión en un artículo específico, el 93, de la libertad condicional de extranjeros, prevista hasta el momento en el artículo 197.1 del RP. No procede en cambio su inclusión dentro del art. 90 al ser una modalidad a la que, por sus particularidades, no van a poder hacerse extensivas las previsiones establecidas en el art. 92 para los preceptos precedentes.

Por último, se propone la supresión del artículo 92 del Anteproyecto, referido a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable y a la adopción de la libertad condicional como consecuencia necesaria de la solicitud de supresión de aquella pena.

En cualquier caso, es necesario señalar que las referencias temporales previstas en el Anteproyecto son excesivas, no sólo los 25 años de cumplimiento efectivo que conforma el primero de los requisitos —que puede ascender a 30 si el penado ha sido condenado por varios delitos y al menos dos o más están castigados con pena de prisión permanente revisable o 32 años si se trata de terroristas o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 78 bis)—, exigencia temporal que deja inoperante el mandato de resocialización del artículo 25.2 CE, sino también el establecimiento de un plazo de suspensión tan amplio como de 5 a 10 años, eso sí, esta vez menor que lo que al sujeto le resta por cumplir.

Incurre además este precepto en contradicciones con la regulación de la libertad condicional que prevé en su art. 90 pues si bien coincide

en requerir, junto al requisito temporal, la previa clasificación en tercer grado, en cambio elimina el requisito de la buena conducta y lo sustituye por la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social, que a su vez había sido eliminado en el Anteproyecto respecto a la regulación actual del Código penal. Para valorar las variables del sujeto, sí que se refiere este artículo 91 a los informes de evolución remitidos por el centro, aunque el art. 90 suprimía la referencia al informe del art. 67 LOGP para la regulación general de la libertad condicional, y a los que pueda solicitar el Tribunal de otros especialistas.

Son asimismo extensibles a este precepto las consideraciones realizadas con anterioridad respecto al órgano jurisdiccional competente (el Tribunal sentenciador en lugar del Juez de Vigilancia Penitenciaria), respecto a la rechazable exigencia de requisitos diferenciados para la delincuencia terrorista y organizada, sobre la remisión a los artículos 80.1, 82.2 y 83 a 87 referidos a la suspensión y sobre la iniciación a instancia del penado del proceso, eso sí, sin prever expresamente la audiencia del penado y del Ministerio Fiscal en ese proceso de revisión. Esto da lugar a que se tenga que prever la posibilidad de establecimiento de un plazo de hasta un año, tras haber sido rechazada una petición, hasta que se pueda solicitar nuevamente la concesión, lo que violenta el mandato de reinserción y el sistema de individualización científica fundamentado sobre la idea de la imposibilidad de mantenimiento de un sujeto en un régimen que no le corresponde.

## BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA VALDÉS, C.: "Sobre la libertad condicional: dos o tres propuestas de reforma". *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Tecnos, 2002.
- RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico (adaptada a la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas)*. Edisofer, 2003.
- TÉBAR VILCHES, B., *El modelo de libertad condicional español*. Aranzadi, 2006.

## 8. MEDIDAS DE SEGURIDAD

### 8.1. Custodia de seguridad: Arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP

**MARÍA ACALE SÁNCHEZ**

*Catedrática de Derecho Penal*

*Universidad de Cádiz*

**FCO. JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA**

*Catedrático de Derecho Penal*

*Universidad Carlos III de Madrid*

**EMILIANO BORJA JIMÉNEZ**

*Catedrático de Derecho Penal*

*Universidad de Valencia*

**EDUARDO DEMETRIO CRESPO**

*Catedrático de Derecho Penal*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

**JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER**

*Catedrático acreditado de Derecho Penal*

*Universidad Carlos III de Madrid*

**XABIER ETXEBARRIA ZARRABEITIA**

*Abogado. Profesor de Derecho Penal*

*Universidad de Deusto*

*Miembro Plataforma Otro derecho penal es posible*

*([www.otroderechopenal.com](http://www.otroderechopenal.com))*

**NICOLÁS GARCÍA RIVAS**

*Catedrático de Derecho Penal*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

**TERESA MANSO PORTO**

*Directora de la Sección de España*

*Instituto Max Planck para el Derecho*

*Penal extranjero e internacional*

**ALEJANDRO MARAMBIO AVARIA**

*Profesor Asociado de Derecho Penal*

*Universidad Carlos III de Madrid*

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Pablo de Olavide*

**ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO**

*Profesor Agregado de Derecho Penal  
Universidad Pompeu Fabra*

**LAURA POZUELO PÉREZ**

*Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid*

**RAFAEL REBOLLO VARGAS**

*Catedrático de Derecho Penal  
Universitat Autònoma de Barcelona*

**DANIEL RODRÍGUEZ HORCAJO**

*Becario FPU  
Universidad Autónoma de Madrid*

### ***ARTS. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 del Anteproyecto***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 96.2. Son medidas privativas de libertad:*

- 1. El internamiento en centro psiquiátrico.*
- 2. El internamiento en centro de educación especial*
- 3. El internamiento en centro de deshabitación.*

*Art. 101.*

*1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1 del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.*

*2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.*

*Art. 102.3. [No existe en el texto vigente].*

*Art. 103.2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 96.2. Son medidas privativas de libertad:*

- 1. El internamiento en centro psiquiátrico.*
- 2. El internamiento en centro de educación especial*
- 3. El internamiento en centro de deshabitación.*
- 4. La custodia de seguridad.*

*Art. 101.*

*1. El Juez o Tribunal impondrán, además de la pena que corresponda, la custodia de seguridad del penado, cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

*1.– Que le haya sido impuesta una pena mínima de tres años impuesta por uno o varios de los siguientes delitos:*

- a. Delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la libertad o indemnidad sexual.*
- b. Tráfico de drogas.*
- c. Delitos cometidos con violencia o intimidación sobre las personas, incluidos los delitos patrimoniales.*
- d. Delitos contra la comunidad internacional.*
- e. Delitos de riesgo catastrófico o de incendio.*
- f. Delitos de terrorismo.*

*2.– Que hubiera sido anteriormente condenado por uno o varios de los delitos a que se refiere el apartado anterior a una pena mínima total de dos años, de la que hubiera extinguido ya en prisión al menos dieciocho meses. A estos efectos se entenderá cumplido en prisión todo el tiempo de cumplimiento efectivo de la pena, aunque lo hubiera sido en régimen abierto.*

*3.– Que exista un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión futura de alguno de los delitos a que se refiere el punto 1 de este apartado. 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 esos delitos.*

*2. También se impondrá, junto con la pena, la custodia de seguridad, cuando el penado lo haya sido a una pena mínima de cinco años de prisión impuesta por la comisión de varios de los delitos a los que se refieren las letras a), d) ó f) del número 1 del apartado anterior, y se acredite además el cumplimiento del requisito del número 3 del apartado anterior.*

*3. A los efectos de este artículo, no se computarán las condenas cuando hubieran transcurrido más de cinco años entre su imposición y la comisión del nuevo delito. Dentro de este plazo no se computará el tiempo en que el sujeto hubiera estado cumpliendo una medida privativa de libertad o una pena de prisión, aunque hubiera sido en régimen abierto.*

4. La custodia de seguridad se cumplirá en un establecimiento especial, conforme a un plan individualizado de tratamiento orientado a la reinserción social del sometido a la medida.

También podrá ser cumplida en establecimientos de cumplimiento de penas cuando ello resulte necesario o conveniente para favorecer su reinserción social.

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

6. La custodia de seguridad tendrá una duración de diez años. Transcurrido este plazo, la medida quedará extinguida y se impondrá al sujeto una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años.

Art. 102.3. La custodia de seguridad se ejecutará después de la extinción de la pena de prisión impuesta. Antes de dar inicio a la ejecución de la custodia de seguridad, el Tribunal verificará si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria su imposición. Si el Tribunal resuelve que la ejecución de la custodia de seguridad no es necesaria, acordará su suspensión e impondrá una medida de libertad vigilada.

Art. 103.2. El Juez o Tribunal deberán resolver conforme al apartado anterior con una periodicidad máxima semestral, en el caso del internamiento en centro de deshabitación; un año, en el caso del internamiento en centro psiquiátrico o de educación especial; y dos años, en el caso de la custodia de seguridad.

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión de la enmienda.*

### IV. MOTIVACIÓN

Se propone la supresión de la figura de custodia de seguridad introducida en el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (octubre de 2012), por las siguientes razones:

- **Carácter materialmente punitivo.** La custodia de seguridad, en la regulación del Anteproyecto, constituye una mera *nueva condena de prisión sin un nuevo hecho*. Se trata de un mero alargamiento de

la privación de libertad previamente impuesta, sin un contenido propio como el que caracterizaría a una medida de seguridad, pues no conlleva una intervención terapéutica específicamente dirigida a la reducción de la peligrosidad. La mayor prueba es que, según el Anteproyecto, puede cumplirse *en un establecimiento de cumplimiento de penas*. Se trata, pues, de una privación de libertad materialmente punitiva: un período de control penal de función puramente intimidatoria e inculcadora.

De hecho, siendo realistas, muy probablemente estas condenas serán cumplidas en prisiones, en cumplimiento de la habilitación del art. 101.4 del Proyecto: la situación económica actual no hace previsible la creación de los numerosos campos o centros “de reinserción” que serían necesarios para dar cumplimiento a las futuras condenas de custodia de seguridad.

Imagínese, pues, el caso de quien tras descontar una pena de prisión de tres años se ve obligado a continuar su internamiento en la misma prisión para cumplir una custodia de seguridad. Es imposible sostener que el primer período (la pena) tenía una *función punitiva*, pero que el segundo período *en la misma prisión* (la custodia de seguridad) tiene una función *no punitiva*.

En cualquier caso, si existe una peligrosidad que la ejecución de la pena de prisión no ha logrado eliminar, parece obvio que un nuevo internamiento penitenciario no es la respuesta adecuada. Aumentar la dosis de privación de libertad en estos casos puede suponer un absurdo, que responsabilice a la persona condenada de las falencias del sistema penitenciario.

Al ser, pues, una medida materialmente punitiva, el proyecto no respeta en modo alguno el principio del hecho (pues se trata de *una nueva intervención penal sin un nuevo hecho*). Pero aunque hablásemos de una verdadera medida de seguridad, hablaríamos de una peligrosidad *distinta de la manifestada en el hecho delictivo* cometido años antes. Se trataría de una hipotética peligrosidad desvinculada del hecho que cometió en el pasado: quien la evaluase debería estudiarla analizando *hechos no delictivos* (la conducta del sujeto durante los años posteriores a la comisión del delito, incluido el período en el que ha estado cumpliendo su pena de prisión).

- ***Contrariedad al Convenio Europeo de Derechos Humanos.*** Su carácter *materialmente punitivo* y la carencia de un contenido propio de carácter terapéutico hace que esta regulación sea contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos, según lo sostenido por la Jurisprudencia de su Supremo Intérprete, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ver la STEDH en el caso *M. v. Alemania* de 17 de diciembre de 2009, que declaró que la regulación alemana de la custodia de seguridad vulneraba los artículos 5.1 —derecho a la libertad— y 7.1 —principio de legalidad penal— del Convenio; así como la STEDH *James, Wells and Lee v. the United Kingdom*, de 18 de septiembre de 2012, que condenó por unanimidad al gobierno británico por permitir la imposición de “condenas indeterminadas para la protección de la ciudadanía”, y por la falta de un análisis realista de los medios necesarios para su adecuada implementación, haciendo inviable la resocialización de quienes son sometidos a ella). Esto evidencia que la regulación propuesta es inconstitucional por contradecir los arts. 17 y 25 de la Constitución, pues en virtud de su art. 10.2, las normas relativas a derechos fundamentales y a libertades deben interpretarse de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- ***Inconstitucionalidad por infracción del art. 25 CE.*** En efecto: la ausencia de cualquier contenido relativo a la finalidad terapéutica de la custodia de seguridad dentro del Anteproyecto, implica que se trata de una medida materialmente sancionadora cuya única finalidad es la intimidación y la inocuización, lo que resulta contrario al contenido del art. 25.2 de la Constitución Española interpretado a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Jurisprudencia del TEDH. No se trata de un problema meramente nominativo, y no es suficiente con expresar en la Exposición de Motivos que la intención es producir un sistema tendente a la reinserción social. Se deduce con claridad, de una mirada integradora del proyecto, que la línea de Política Criminal que se sigue es la de aumento desproporcionado del tiempo en que una persona puede ser privada de libertad por la comisión de una conducta delictiva, y del período en que ésta puede ser

sometida a control penal. En realidad la custodia de seguridad es un sumidero, un agujero negro al que van a ir a parar las personas consideradas más conflictivas.

- ***Inconstitucionalidad por infracción del art. 17 CE.*** El proyecto permite imponer *privaciones de libertad indeterminadas de hasta 10 años a personas que cometan delitos penados con 3 años de prisión (¡una pena menos grave, según el art. 33 3 CP!)* y previamente hubiesen cometido un delito penado con 2 años de prisión. Prolongar la privación de libertad que merece quien comete un delito desde los 3 a los 13 años (más de su cuádruplo) es una intervención penal que no supera el más mínimo test de proporcionalidad en los términos en que lo conciben la Jurisprudencia del TEDH y la del Tribunal Constitucional español. Desde luego, no se trata de una intervención, como dice el prelegislador, “excepcional”, ya que delitos penados con tres años de prisión son casos de delincuencia *menos grave*.

No se trata aquí del clásico debate sobre si las medidas de seguridad deben o no estar limitadas en su duración a la pena prevista en el tipo penal. Hablamos aquí de intervenciones: a) de carácter materialmente punitivo; b) que se imponen a personas penalmente responsables; y c) de una posible duración adicional (hasta 10 años) que supera el **TRIPLE** de la pena básica (3 años). No existe hoy test alguno de proporcionalidad que pueda admitir semejante desproporción.

- ***Jurisprudencia de otros Tribunales Constitucionales.*** La experiencia reciente en otros países debería servir para no introducir esta institución en nuestro Ordenamiento. El caso de Alemania es muy aleccionador. El *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemán) se ha visto obligado a rectificar en sentencia de 04.05.2011 su propia Jurisprudencia anterior (sentencia de 05.02.2004), para adecuarse a la STEDH en el caso *M. v. Alemania* de 17 de diciembre de 2009, que como hemos señalado declaró que la regulación alemana de la custodia de seguridad vulneraba los artículos 5.1 y 7.1 del CEDH. En esta nueva resolución el *Bundesverfassungsgericht* ha ejercido el control constitucional que cabía esperar, elevando incluso, luego de

la declaración de inconstitucionalidad de toda la regulación de la custodia de seguridad, los requisitos y límites necesarios para una nueva regulación. Ésta última debería contemplar toda una serie de requisitos y principios, tales como el de individualización, motivación, separación o distanciamiento —diferencia entre la intervención punitiva y la de mejora y aseguramiento—, *ultima ratio* y minimización, protección y asistencia jurídica, así como control o revisión una vez al año, al objeto de que quede fuera de toda consideración una finalidad de carácter meramente inculizador. Nada de esto parece haber sido tenido en cuenta en el Anteproyecto de Reforma, cuya regulación no superaría los estándares marcados por el TEDH. *El prelegislador español parece haber intentado reproducir el modelo alemán, sin tomar en cuenta que el propio Estado alemán ha declarado que ese modelo es inconstitucional.*

- ***Se hace depender la prolongación de la privación de libertad hasta 10 años de un pronóstico de peligrosidad altamente inseguro, y que además fomenta los “falsos positivos”.*** La figura de la custodia de seguridad, tal y como aparece en el Anteproyecto, parte de una hipotética evaluación de la peligrosidad subsistente tras la pena de prisión, es decir, agotada la pena correspondiente a la culpabilidad del sujeto. Sin embargo no existen hoy por hoy sistemas mínimamente fiables y seguros de predicción de la peligrosidad (¿clínica? ¿actuarial?), que sería lo único en lo que se basaría la imposición de una privación de libertad adicional en la que consiste la custodia de seguridad. La aplicación de privaciones de libertad de hasta 10 años se hará con base en datos altamente inseguros: algo hasta hoy intolerable en el ámbito del Derecho penal.

Pero esa inseguridad no tenderá razonablemente a su *inaplicación*, sino a su *aplicación pese a la inseguridad del pronóstico de peligrosidad*. En efecto: si ante dos casos similares un Tribunal suspende la custodia de seguridad y otro no lo hace, sólo habría posibilidad de detectar una decisión claramente errónea si el reo *cometiese un nuevo delito*. En tal caso, el Tribunal podría arrostrar el reproche de no haber contenido la peligrosidad criminal del reo. Para no afrontar ese riesgo, los Tribunales se encuentran con serios

incentivos para *imponer* custodias de seguridad y para *no suspenderlas* aunque no esté clara la peligrosidad del sujeto, pues con ello evitan el riesgo de un reproche social en el caso de que el reo cometa un nuevo delito. Lo cierto es que si decidieran mantener esa custodia hasta cumplir los diez años de privación de libertad que permite el Anteproyecto —art. 101.6—, no habría forma de comprobar que el pronóstico de peligrosidad fue errado y la decisión contraria a Derecho.

El Anteproyecto, pues, se orienta a la generación de un alto porcentaje de “falsos positivos” en los pronósticos de peligrosidad (tanto por la imposibilidad técnica de generar y manejar estos pronósticos de peligrosidad, como por los incentivos que introduce para que se impongan custodias de seguridad de alta duración aun sin certeza de la peligrosidad).

- La reforma supone en este punto —como en otros igualmente criticables— un avance del “Derecho penal del enemigo” que no sólo endurece en términos inconstitucionales la normativa vigente, sino que (ignorando la imposibilidad técnica de generar pronósticos mínimamente fiables de peligrosidad) trata a ciudadanos como meros focos de peligro que hay que contener, y no como a personas dotadas de dignidad humana y titulares de derechos fundamentales.

## 8.2. Custodia de seguridad: Enmienda subsidiaria de modificación

**TERESA MANSO PORTO**

*Directora de la Sección de España  
Instituto Max Planck para el Derecho  
Penal extranjero e internacional*

**M<sup>a</sup> CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ**

*Profesora Propia Ordinaria de Derecho Penal  
ICADE - Universidad Pontificia Comillas*

**DANIEL RODRÍGUEZ HORCAJO**

*Becario FPU  
Universidad Autónoma de Madrid*

---

**En caso de no ser admitida la propuesta de supresión de la custodia de seguridad**, los tres firmantes proponen, subsidiariamente, la siguiente regulación:

### I. ENMIENDA DE MODIFICACIÓN DE LOS ARTS. 101 A 103 ACP

*Apartado Quincuagésimo tercero. Art. 101*

*1. Excepcionalmente, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena que corresponda, la custodia de seguridad del penado, cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

*1°. Que se haya impuesto una pena superior a 5 años de prisión por la comisión dolosa de uno o más de los siguientes delitos: homicidio o asesinato, lesiones, contra la libertad, contra la libertad o indemnidad sexual, o de riesgo catastrófico.*

*2°. Que haya sido ejecutoriamente condenado con anterioridad a una pena superior a 5 años por uno o más delitos de la misma naturaleza.*

*3°. Que de la valoración conjunta de las circunstancias personales del penado y de los hechos por él cometidos se derive una alta probabilidad de comisión futura de un delito de la misma naturaleza que los ya cometidos. Para emitir su pronóstico de peligrosidad, el Juez o Tribunal deberá recabar cuantos informes o exámenes estime oportunos.*

2. También se podrá imponer, junto con la pena, la custodia de seguridad, cuando el penado lo haya sido a una pena mínima de cinco años de prisión impuesta por la comisión de al menos tres delitos de homicidio o asesinato o contra la libertad o indemnidad sexual y se acredite además el cumplimiento del requisito del número 3 del apartado anterior.

3. A los efectos de este artículo, no se computarán las condenas cuando hubieran transcurrido más de cinco años entre su imposición y la comisión del nuevo delito. Dentro de este plazo no se computará el tiempo en que el sujeto hubiera estado cumpliendo una medida privativa de libertad o una pena de prisión aunque hubiera sido en régimen abierto.

4. La custodia de seguridad se cumplirá en un establecimiento especial no penitenciario, conforme a un plan individualizado de tratamiento orientado a la reinserción social del sometido a la medida.

5. A los efectos de este artículo, se valorarán las condenas impuestas por los Tribunales de la Unión Europea, así como las que lo hubieran sido por otros Tribunales en un proceso desarrollado de conformidad con los principios de los artículos 6 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y los artículos 47 a 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

6. La custodia de seguridad tendrá una duración de 1 año prorrogable por periodos sucesivos hasta un máximo de cinco años. Transcurrido este plazo, la medida quedará extinguida y se podrá imponer, siempre que concurran los presupuestos para la misma, una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años.

Apartado Quincuagésimo cuarto. Art. 102:

3. La custodia de seguridad se impondrá después de la extinción de la pena de prisión impuesta, siempre y cuando se haya previsto en la sentencia condenatoria y concurra el presupuesto del artículo 101.1.3 del Código Penal.

Apartado Quincuagésimo quinto. Art. 103

2. El Juez o Tribunal deberá resolver conforme al apartado anterior con una periodicidad máxima semestral sobre si procede la continuidad o no de cualquiera de las medidas de seguridad privativas de libertad.

## II. ENMIENDA DE INTRODUCCIÓN DE UNA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SOBRE EJECUCIÓN DE LA CUSTODIA DE SEGURIDAD

*Adicionalmente, se propone incluir una disposición adicional relativa a la necesidad de legislar la ejecución de la custodia de seguridad, con el siguiente contenido:*

### *Disposición Adicional*

*En el plazo máximo de un año el Gobierno presentará Proyecto de Ley que regule las condiciones de la ejecución de todas las medidas de seguridad y en especial de la custodia de seguridad garantizando que la misma se someta al artículo 25.2 de la Constitución.*

## III. FUNDAMENTACIÓN

A continuación se expondrán los fundamentos que apoyan las modificaciones propuestas en los apartados anteriores.

### ***III.1. Limitación de la duración de la custodia de seguridad en tanto no se reduzca la duración de las penas privativas de libertad***

Es loable que el legislador español quiera dar pasos hacia una mejora del sistema dualista de penas y medidas cubriendo las lagunas existentes en el modelo actual. Sin embargo, si el legislador español pretende ahora ampliar el sistema vicarial previendo medidas de seguridad privativas de libertad contra autores plenamente imputables, no debe limitarse a sumarle a las penas privativas de libertad ya existentes una custodia de seguridad que abarca además un período regular de 10 años. Por el contrario, para culminar el paso de un sistema monista a un sistema dualista de penas y medidas, es condición indispensable realizar un examen autocrítico del modelo actual y llevar a cabo previamente una rebaja porcentual de todas las penas privativas de libertad hasta ahora existentes, por los motivos que se aducen a continuación.

Tradicionalmente en España se ha combatido el problema de la peligrosidad a través de las penas. Ello es común a los sistemas monistas o a aquellos que, siendo dualistas, presentan ciertas limitaciones. En estos

sistemas la respuesta penal se concentra básicamente en el incremento de las penas. Eso es lo que ha venido sucediendo en España. En España, como regla general, se fija el límite máximo de duración de las penas en 20 años; una duración que en muchos otros países cuantitativamente ya equivaldría a una prisión perpetua. Adicionalmente, como es sabido, la pena máxima puede elevarse en algunos casos de criminalidad grave o de concurso a 25, 30 ó 40 años (incluso de cumplimiento efectivo). Por otro lado, el régimen de cumplimiento de las penas también se ha venido endureciendo en las últimas décadas. Ello evidencia que las penas del modelo español no son estrictamente las ajustadas a la culpabilidad del autor, sino que también vienen teniendo como finalidad combatir la peligrosidad. Por eso, el “fraude de etiquetas”, no solo se incrementaría si se aumentara la privación de libertad del autor peligroso en otros 10 años más, sino que, en realidad, dicho fraude ya se está dando en tanto que se llama pena a lo que, al menos en parte, es hoy por hoy una “medida” inocuizadora que debería ser reconvertida en una auténtica medida de seguridad resocializadora.

Por este motivo, y de conformidad también con el carácter terapéutico que ha de tener la medida (al respecto, vid. punto III.3), se propone la imposición de la medida por un período de un año prorrogable por períodos sucesivos hasta un máximo de 5.

### *III.2. Carácter excepcional de la medida*

Además de considerar las propias peculiaridades del sistema penal español en el sentido expuesto en el punto III.1, la introducción de una medida de seguridad en el ordenamiento actual debe realizarse teniendo en cuenta los desarrollos a nivel supranacional y, concretamente, los criterios recientemente marcados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En este sentido, las actuales tendencias reformistas de países como Alemania o Inglaterra se orientan claramente a restringir la custodia de seguridad y a subrayar el carácter de “ultima ratio” de la medida. Si España no quiere arriesgarse a ser el siguiente país objeto de condena con un sistema recién reformado, no puede poner en marcha un modelo que se aparte de las directrices marcadas a nivel supranacional.

La asunción del carácter de ultima ratio ha de reflejarse tanto en el tipo de delitos que pueden motivar su imposición (así, por ejemplo, Alemania ya no incluye en su proyecto de reforma a los delitos contra la propiedad), como en las exigencias del pronóstico de peligrosidad, que no pueden limitarse a una mera probabilidad de que se comenten hechos delictivos.

De este modo, se suprimen del listado de delitos inicialmente propuesto por el legislador los de tráfico de drogas, terrorismo, los delitos contra la comunidad internacional y contra la propiedad, por no armonizar con el resto de delitos que deberían poder motivar la custodia de seguridad como media ultima ratio y por tener su adecuada respuesta penal por otras vías alternativas. Los delitos objeto de la medida son aquellos con respecto a los cuales se puede presentar un cuadro de tendencia por parte del autor a su comisión, la cual pueda tratarse a través de una terapia individualizada adecuada. Además, son por lo general delitos cometidos con un elevado grado de violencia hacia las personas o susceptibles de causar un grave daño a la generalidad.

### *III.3. Carácter terapéutico e imposibilidad de ejecución en centro penitenciario*

Al hilo de las enseñanzas que nos debe imponer la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que exige claramente una diferenciación o separación sustancial de las condiciones de ejecución de una pena privativa de libertad y una medida de seguridad privativa de libertad (Abstandsgebot), y teniendo en cuenta que los estudios empíricos confirman que la privación de libertad en centros penitenciarios tiene efectos contraproducidos de cara a la resocialización del sujeto, no deben caber excepciones a la regla que establece que la medida de seguridad se imponga en “un establecimiento especial, conforme a un plan individualizado de tratamiento” justificables en pro del fin resocializador de la medida.

Teniendo en cuenta que el internamiento y la terapia en un centro especializado conllevan unos elevados costes, así como las dificultades de llevar a la realidad estas reformas en un período de crisis y en un país en el que el nivel de prestaciones sociales en comparación con otros

países del norte de Europa es bastante limitado, el énfasis que pone esta propuesta en el carácter terapéutico de la medida evidencia aún más la necesidad de que el legislador rectifique en su intención de regular la custodia de seguridad de una manera tan extensa como la del Anteproyecto, que la impone con carácter preceptivo, la aplica a un catálogo muy amplio de delitos, con la mera exigencia en cuanto al pronóstico de simple probabilidad de comisión y con una duración por regla general de 10 años.

Por el contrario, la enmienda apuesta por una medida de seguridad excepcional de verdadero carácter terapéutico y resocializador, inspirada en criterios de necesidad, así como de calidad en lugar de cantidad. De acuerdo con el carácter terapéutico, se propone en el apartado 2 del Art. 103 una revisión de la medida con una periodicidad máxima de 6 meses, pues no se entiende que la medida privativa de libertad, que en su diseño actual más lejos se encuentra de la naturaleza de las medidas de seguridad y más se asemeja a una pena encubierta, sea la que tiene previsto en el Anteproyecto un plazo de revisión mayor (2 años). En este sentido se propone la modificación del Art. 103, unificando el período de revisión de todas las medidas.

Finalmente, el carácter terapéutico de una medida orientada a la prevención individual positiva (resocialización), aconseja la imposición facultativa (y no preceptiva) tanto de la custodia de seguridad como de una posterior medida de libertad vigilada, de tal manera que en cada caso habrá que determinar si es necesario imponerlas.

#### ***III.4. Reincidencia limitada a un tipo de delito***

La exigencia de reincidencia debe dejar claro que no es suficiente con que el autor haya delinquido previamente dentro del marco de los delitos previstos en el art. 101. 1. CP. Pensemos en la persona que provoca un incendio en un monte de su propiedad con intención de enriquecerse y tres años más tarde decide matar a su mujer cuando ésta le comunica su intención de separarse. En este y en supuestos similares no estaríamos en el grupo de autores potencialmente llamados a ser destinatarios de una medida de seguridad privativa de libertad.

### ***III.5. Previsión de la posible imposición de la custodia de seguridad en la sentencia***

Tratándose de una medida de carácter facultativo a imponer con posterioridad a la pena de libertad, se incluye en el Art. 102 CP la previsión legal consistente en la necesidad de que el Juez o Tribunal contemple en su sentencia la posibilidad de que se decreten medidas de seguridad post-penitenciarias.

## 8.3. Custodia de seguridad: Relación con el Art. 22.2 de la Ley del Gobierno

**ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO**  
*Profesor Agregado de Derecho Penal*  
*Universidad Pompeu Fabra*

---

El anteproyecto presentado incumple las provisiones sobre elaboración de textos normativos, vinculantes para el Gobierno y sus departamentos, y en concreto el artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, modificado por la Ley 50/2003, de 13 de octubre, que establece que la elaboración de proyectos de ley “se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica”. El Anteproyecto, sin embargo, no se refiere a estos extremos.

La gravedad de esta omisión es difícil de exagerar, tanto por razones de carácter internas al ordenamiento jurídico español como por argumentos que tienen que ver con los estándares sentados por los tribunales internacionales cuya jurisprudencia es obligado punto de referencia en nuestro país en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución.

Comenzando por las razones internas al ordenamiento jurídico español, el artículo 22.2 de la Ley del Gobierno no sólo tiene rango legal, lo que debería ser de suyo suficiente, sino que tiene así mismo especial relevancia constitucional por relacionarse directamente con la previsión del artículo 88 de la Constitución, conforme al cual el Gobierno ha de ofrecer a las Cortes “los antecedentes necesarios” para poder pronunciarse sobre el proyecto. En este sentido, la doctrina ha entendido de forma unánime que el artículo 22 de la Ley del Gobierno da contenido legislativo a la referida cláusula constitucional alusiva de los “antece-

dentes necesarios”. Se trata, por tanto, de una norma con fuerza de ley reforzada, dado su carácter directamente ligado al contenido de una disposición constitucional.

Resulta además que el objetivo del referido artículo 22.2, que no es otro sino la sustantivización de los proyectos normativos, requisito necesario para evitar el posterior fracaso de la ley una vez vigente, acaba en materia de política criminal de recibir un sonoro espaldarazo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En concreto, el 18 de septiembre de 2012 este Tribunal condenó por unanimidad al gobierno británico en la sentencia *James, Wells and Lee v. the United Kingdom*, entendiendo que infringe el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la regulación de las “condenas indeterminadas para la protección de la ciudadanía” (*Indeterminate Sentences for the Protection of the Public*) el hecho de que la ley que las introdujo en el ordenamiento británico no incluyera un análisis realista de los medios necesarios para su adecuada implementación, haciendo inviable la resocialización de los a ellas sometidos.

La situación criticada (en forma de condena) por el Tribunal Europeo de Derechos humanos coincide totalmente con aquella ante la que nos encontramos: un anteproyecto increíblemente ambicioso en cuanto a sus consecuencias y los medios necesarios para hacerlas frente que, sin embargo, prescinde por completo de referirse a estas cuestiones. Porque no cabe duda de que un anteproyecto en el cual la estancia en un centro de privación de libertad, se llame como se llame, puede incrementarse por un período de diez años (lo cual en algunos casos supone la posibilidad de pasar de tres a trece años), debería de alguna manera efectuar previsiones sobre cómo se va a hacer frente a este incremento del gasto, que como fácilmente se ve puede llegar a multiplicar por cuatro el gasto actual. En un país como el nuestro, que como insiste el actual Gobierno se ha venido caracterizando por una inadecuada previsión de los costes futuros de las decisiones, este proceder se muestra particularmente imprudente.

## 8.4. Medidas de seguridad

MARÍA ACALE SÁNCHEZ  
Catedrática de Derecho penal  
Universidad de Cádiz

---

### *ART. 6 apartado 2 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

*“2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“2. Las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”.*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”.*

#### IV. MOTIVACIÓN

Se opta por la vigente redacción del art. 6.2.

El Título Preliminar del Código cumple —con independencia en este momento de su concreto contenido— una indudable función simbólica; tal es su importancia que el art. 9 prevé que “las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán

como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas”, al margen ya de que cada vez queden menos leyes penales especiales.

En su interior se hace referencia a los límites al *ius puniendi* del Estado y limita dicho poder el principio de proporcionalidad (aunque sea *sui generis*) también en el ámbito de las medidas de seguridad.

Si como hace el Anteproyecto, se elimina del art. 6.2 el límite de la medida de seguridad en atención al hecho cometido, se des-objetiviza la responsabilidad y se pone en manos exclusivamente de la peligrosidad del autor, que por otro lado queda en entredicho si por tal se entiende la mera probabilidad de reiteración de conductas constitutivas de delito: subjetivización y confusión entre peligrosidad criminal y peligrosidad social son motivos suficientes como para alejarse en un Derecho penal garantista del modelo propuesto.

Esta supresión se acompaña de la introducción dentro del art. 95 del Anteproyecto de una cláusula en virtud de la cual “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”. Como se observa en este caso esa concreta forma de proporcionalidad se convierte en un límite para el juez, no para el legislador, pero podrá entenderse que si se elimina la proporcionalidad en abstracto, difícilmente podremos encontrarla en el caso concreto.

El juez no tiene datos suficientes para prever cuántos delitos más puede cometer en atención a la mera e ingobernable personalidad del autor: el único criterio tangible para limitar la decisión es el de la gravedad del delito cometido, valorable a través de la pena que en abstracto le correspondería al autor, eso sí, de haber sido declarado culpable en sentencia.

Si se observa, esta referencia se elimina del art. 6 porque se inaugura un régimen que supone la aplicación de dos consecuencias distintas en atención, por un lado, a la culpabilidad y por el otro a la peligrosidad.

Las sustanciosas modificaciones que incorpora el Anteproyecto en el número 2º del art. 6 no llevan consigo aparejado cambio alguno en el art. 6.1 en el que se establece que “las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada

en la comisión de un hecho previsto como delito”. A pesar de que se deje inmaculada su letra, la interpretación que se realiza del mismo a lo largo del texto articulado es bien distinta e incorrecta: en este sentido, hay que entender que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito, pero no independientemente que es lo que parece que entiende el Anteproyecto.

Sin este límite, se da la circunstancia de que el sujeto que haya sido castigado con una medida de seguridad de internamiento, puede estar privado de libertad penalmente de por vida; en este sentido, las críticas que merece el Anteproyecto en el punto relativo a la introducción de la pena de “prisión permanente revisable”, que no es más que una modalidad de cadena perpetua, son todavía más relevantes en el ámbito de las medidas de seguridad, pues a tenor de lo previsto en el art. 6.2 un sujeto declarado inimputable puede ser condenado a una medida de internamiento hasta su fallecimiento, sin necesidad de proceder a la incapacitación civil del penado y a someterlo a internamiento civilmente. Las medidas de seguridad se convierten por esta vía en más perpetuas que la pena de prisión permanente revisable.

Con todo, el Anteproyecto inaugura un nuevo régimen “dualista” de imposición de penas y medidas de seguridad, desconociendo el sistema “binario” que distinguía la vía: pena para el imputable, medida para el inimputable. Ahora se trata de imponer las dos consecuencias a personas “muy peligrosas”.

Antes si quiera de someter a examen el texto articulador, y a la vista de la extensa explicación que contiene la Exposición de Motivos, se trata de un legislador que hace abiertamente trampa al hacer la ley, cuando afirma que no puede sin más agravar la pena, pero sí añadir otra consecuencia, y que además es pretencioso, porque presume de ello.

**ART. 95 del Anteproyecto****I. TEXTO VIGENTE**

*“1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:*

*1ª. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.*

*2ª. 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.*

*2. Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3”.*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, cuando concurren las siguientes circunstancias:*

*1.– Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.*

*2.– 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.*

*3.– Que la imposición de una medida de seguridad resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto.*

*2. La medida de seguridad que se imponga deberá ser proporcionada a la gravedad del delito cometido y de aquéllos que se prevea que pudiera llegar a cometer, así como a la peligrosidad del sujeto.”*

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Sustitución:*

*“1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, cuando concurren las siguientes circunstancias:*

*1.– Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.*

*2.- 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.*

*2. Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 96.3”.*

## IV. MOTIVACIÓN

Se opta por la redacción vigente.

Las medidas de seguridad no son un mecanismo para compensar la peligrosidad del sujeto: en todo caso, serían un mecanismo para “contrarrestarla” incidiendo en los déficits de su comportamiento que hayan podido motivar la comisión del delito. No tiene un contenido punitivo como la pena, y por tanto, no se pueden utilizar como amenaza de un mal, porque no son en esencia un mal.

La proporcionalidad de la medida como límite al legislador se ha propuesto que se incluya en el art. 6. Lo que, por otro lado, el número 1.2 establece es que la medida de seguridad deberá ser proporcionada en todo caso —“deberá”— “a la gravedad del delito cometido” —no a la gravedad de la pena que el correspondería al sujeto— así como cumulativamente “de aquéllos que se prevea que pudiera llegar a cometer, así como a la peligrosidad del sujeto”: se insiste en que el juez carece de datos para saber los delitos que puede llegar a cometer el autor.

Por otro lado, se produce una disociación de conceptos y realidades conceptualizadas. En este sentido, la “peligrosidad criminal” hoy no es más que el riesgo de que el autor de un delito vuelva a delinquir. De ser así, no se sabe qué es lo que el legislador entiende que es la “peligrosidad” en el Anteproyecto: ¿la peligrosidad social derivada no de los hechos, sino de las características del autor? Si la respuesta es afirmativa, esto es un derecho penal de autor que en el ámbito de una construcción teórica sobre las medidas de seguridad que “castigan” debería tenerse en consideración.

La peligrosidad criminal es una circunstancia de carácter subjetivo que no cabe no obstante desvincularse de los hechos cometidos.

Finalmente, tal como hoy establece el art. 95.2 es preciso que el juez o tribunal limite su capacidad de optar entre una medida privativa de libertad o no privativa de libertad en atención a la pena que le hubiere correspondido al autor, de haber sido declarado culpable.

Puede en definitiva comprenderse que el legislador elimina esta previsión porque la medida de seguridad que regula no sustituye, sino que se acumula en el caso de determinados imputables peligrosos.

La propuesta de incorporar en esta sede este límite al juez o tribunal en el momento de seleccionar la medida de seguridad determina que se proponga a la vez la eliminación del art. 97 del Anteproyecto: el límite esencial va a ser pues que se haya cometido un delito que esté castigado con pena privativa de libertad o no privativa de libertad. Ahora bien, dentro ya de cada bloque, el juez ha de poder disponer la medida de seguridad que estime más adecuada a la peligrosidad del autor, cambiando de ser necesaria de una medida a otra según vaya evolucionando aquella: la referencia en el art. 97.1 a la medida de seguridad “menos grave” no se entiende fuera del contexto de la naturaleza privativa o no privativa de libertad de la medida impuesta. Por otro lado, nótese lo erróneo que resulta la previsión: “Cuando existan varias medidas igualmente adecuadas para prevenir de modo suficiente la peligrosidad del sujeto”: la peligrosidad del sujeto no es el fin al que tiende la medida sino la base sobre la cual se adopta la misma.

Por lo mismo, ha de ser eliminada en este sentido y con la introducción el texto aquí propuesto la previsión contenida en el número 2 del art. 97, pues si se afirma que “si resultan necesarias varias medidas para prevenir de modo suficiente la peligrosidad del sujeto, todas ellas podrán ser impuestas conjuntamente” se está afirmando que ello va a ser así con independencia de la naturaleza de la pena que en abstracto esté prevista para el delito de que se trate de haber sido declarado culpable el sujeto.

Tuerce el sentido del sistema “binario” por el sistema “dualista”. Soratea el principio non bis in ídem declarando que en dicho sistema pena y medida tienen un fundamento distinto. Así se afirma que “*el límite de la gravedad de la pena viene determinado por la culpabilidad por el hecho*”, mientras que “*el límite de la medida de seguridad, por el contrario, se encuentra en la peligrosidad del autor*” olvidando que en ambos casos se trata de la comisión de un hecho constitutivo de delito, que es el verdadero

fundamento de la imposición de pena y medida. Si el fundamento es el mismo, o cambia el sujeto, o cambia el hecho.

### *ART. 96 apartado 2º del Anteproyecto*

(Vid. supra enmienda “8.1. Custodia de seguridad: arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP”, pp. 371 y ss.).

### *ART. 96 Apartado 3.2 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*“Son medidas no privativas de libertad:*

*1ª. La inhabilitación profesional.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“Son medidas no privativas de libertad:*

*2. La prohibición de ejercicio de actividad profesional”.*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Sustitución:*

*“Son medidas no privativas de libertad”.*

*2. La inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo público o privado”.*

#### **IV. MOTIVACIÓN**

Se abarca de forma más clara todas las modalidades que puede adoptar esta medida de seguridad, en parangón con lo dispuesto en el art. 107.

***ART. 97 del Anteproyecto*****I. TEXTO VIGENTE**

*No existe concordancia.*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“1. Cuando existan varias medidas igualmente adecuadas para prevenir de modo suficiente la peligrosidad del sujeto y solamente una de ellas resulte necesaria, se impondrá la que resulte menos grave.*

*2. Si resultan necesarias varias medidas para prevenir de modo suficiente la peligrosidad del sujeto, todas ellas podrán ser impuestas conjuntamente.”*

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Eliminación.*

**IV. MOTIVACIÓN**

Vid supra motivación de la enmienda del art. 95 del Anteproyecto.

***ART. 98 del Anteproyecto*****I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 101*

*“1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3. del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.*

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código”.

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

“1. El Juez o Tribunal podrá acordar el internamiento en un centro psiquiátrico del sujeto que haya sido declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1º del artículo 20, o al que le haya sido apreciada esa eximente con carácter incompleto, si tras efectuarse una evaluación exhaustiva del mismo y de la acción que llevó a cabo, exista base suficiente para concluir que, debido a su trastorno, es posible prever la comisión por aquél de nuevos delitos y que, por tanto, supone un peligro para la sociedad.

2. El internamiento se ejecutará en régimen cerrado cuando exista un peligro relevante de quebrantamiento de la medida o de comisión de nuevos delitos.

3. El internamiento en centro psiquiátrico no podrá tener una duración superior a cinco años, salvo que se acordare su prórroga.

Si, transcurrido dicho plazo, no concurren las condiciones adecuadas para acordar la suspensión de la medida y, por el contrario, el internamiento continúa siendo necesario para evitar que el sujeto que sufre la anomalía o alteración psíquica cometa nuevos delitos a causa del mismo, el Juez o Tribunal podrá, a petición de la Junta de Tratamiento acordar la prolongación de la medida por períodos sucesivos de cinco años.

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.”

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Sustitución:

“1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1º del art. 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para su tratamiento médico en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquiera de las medidas de seguridad no privativas de seguridad que fuera necesaria. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y al tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia este límite máximo.

*2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el art. 97 de este Código/103 del Anteproyecto”.*

#### IV. MOTIVACIÓN

La imposición de medidas de seguridad debe quedar reservada para el sujeto declarado inimputable o semiimputable en sentencia. Y ha de vincularse su contenido, naturaleza y duración con el pronóstico de peligrosidad criminal que presente: es preciso por tanto vincular la medida de seguridad con el estado de inimputabilidad del autor.

La posibilidad de aplicar una medida de seguridad de internamiento en estos centros al que haya sido declarado semiimputable —“o al que le haya sido apreciado esa eximente con carácter incompleto”— ha de contextualizarse: en todo caso, habría que hacer referencia al sujeto al que le haya sido una eximente incompleta del art. 21.1 en relación con lo establecido en el art. 20.1, el actual art. 99 contempla el régimen vicarial, sin necesidad de ir señalando esta probabilidad al hilo de la definición del contenido de cada medida. Eso sí: el actual art. 99 exige además que se le haya impuesto conjuntamente “penas y medidas de seguridad privativas de libertad”.

La referencia expresa a que deba realizarse una “evaluación exhaustiva del autor” no añade nada en esta sede pues las medidas de seguridad han de adoptarse en todo caso de acuerdo a la peligrosidad criminal del autor. Y el segundo de los parámetros “de la acción que llevó a cabo” es inexacto pues también los delitos omisivos pueden ser llevados a cabo por un inimputable: en todo caso, debería referirse al delito cometido.

Por otro lado, es acientífico referirse en sede de medidas de seguridad a que “exista base suficiente para concluir que, debido a su trastorno, es posible prever la comisión por aquél de nuevos delitos y que, por tanto, supone un peligro para la sociedad”: solo cuando exista un pronóstico de peligrosidad criminal futura podrá adoptarse la medida de seguridad. El concepto de “peligro para la sociedad” debería quedar extramuros del Código penal porque es una expresión vulgar, carente de científicidad.

La ejecución en régimen cerrado en su caso debería venir motivada por las necesidades de tratamiento de la alteración psíquica del condenado no del “peligro relevante de quebrantamiento” pues también habrá dicho peligro aunque se declare el internamiento o la comisión de nuevos delitos que es el criterio que habrá determinado el sometimiento a medida.

Sobre la duración en el tiempo, aunque se prevé ese tope de los 5 años, de no conseguirse la mejora de la salud mental del penado, se producirá la cadena perpetua. Mejor es recurrir al sistema de incapacitación civil.

El principio de “necesidad de la medida de seguridad” en atención a la peligrosidad criminal del autor debe determinar la imposición o no de la medida de internamiento.

### *ART. 99 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

##### *Art. 103*

*“1. A los que fueren declarados exentos de responsabilidad conforme al número 3º del artículo 20, se les podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado tercero del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable y, a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.*

*2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de este Código.*

*3. En este supuesto, la propuesta a que se refiere el artículo 98 de éste Código deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza”.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“1. El Juez o Tribunal podrá acordar el internamiento en un centro educativo especial del sujeto que haya sido declarado exento de responsabili-*

*dad criminal conforme al número 2º del artículo 20, o al que le haya sido apreciado esa eximente con carácter incompleto cuando, tras efectuarse una evaluación exhaustiva del mismo y de la acción que llevó a cabo, exista base suficiente para concluir que, debido a su trastorno, es posible prever la comisión por aquél de nuevos delitos y que, por tanto, supone un peligro para la sociedad.*

*2. En estos casos será de aplicación lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo anterior.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“1. A los exentos de responsabilidad penal conforme al número 3º del art. 20 se les aplicará, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial, o cualquiera de las medidas de seguridad no privativas de libertad que fuera necesaria. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia este límite máximo.*

*2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el art. 97 de este Código/103 del Anteproyecto”.*

### IV. MOTIVACIÓN

Por los mismos motivos que se prevé la sustitución del contenido del art. 98. Se aprovecha para corregir la errata detectada en la letra del texto del Anteproyecto pues el internamiento en centro educativo especial es la medida de seguridad a aplicar a los declarados inimputables de acuerdo con lo dispuesto en el número 3º del art. 20, esto es, del que “por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”. Por ese mismo motivo, el art. 99 debería pasar a ser el 100, y el art. 100, el 99: con la simple finalidad de seguir el orden de inimputables marcado por el art. 20.

**ART. 100 del Anteproyecto****I. TEXTO VIGENTE****Art. 102**

*“1. A los exentos de responsabilidad penal conforme al número 2º del artículo 20 se les aplicará, si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3. del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia.*

*2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código”.*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“1. El Juez o Tribunal podrá acordar el internamiento en un centro de deshabitación del sujeto que haya cometido un delito a causa de su grave adicción al alcohol, a las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, y se prevea que se pueda evitar así que cometa nuevos delitos.*

*Esta medida solamente se impondrá cuando existan indicios que permitan fundar la expectativa razonable de que el sujeto superará su adicción mediante el tratamiento o, al menos, de que durante un período de tiempo relevante no recaerá en el consumo de aquellas sustancias y no cometerá nuevos delitos motivados por el mismo.*

*2. El tratamiento se llevará a cabo en un establecimiento especializado o, si resulta necesario, en un hospital psiquiátrico. En cualquier caso, su régimen y contenido se ajustará a las circunstancias concretas del sujeto y a su evolución.*

*3. El internamiento en centro de deshabitación no podrá, por regla general, tener una duración superior a dos años. Este período comenzará a computarse desde el inicio del internamiento y 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”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“1. A los que fueren declarados exentos de responsabilidad conforme al número 2º del art. 20, se les podrá aplicar si fuera necesaria, la medida de internamiento en un centro de deshabitación público o privado debidamente acreditado u homologado o cualquiera de las medidas de seguridad no privativas de seguridad que fuera necesaria. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y al tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia este límite máximo.*

*2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el art. 97 de este Código/103 del Anteproyecto”.*

### IV. MOTIVACIÓN

De acuerdo con las propuesta de modificación de los arts. 98 y 99.

#### ***CUSTODIA DE SEGURIDAD***

##### ***ART. 101 del Anteproyecto***

(Vid. supra enmienda “8.1. Custodia de seguridad: arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP”, pp. 371 y ss.).

##### ***ART. 102 apartado 1º del Anteproyecto***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 99*

*“En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“1. Cuando se impongan al tiempo una pena de prisión y una medida de internamiento de las reguladas en los artículos 98, 99 ó 100 del Código Penal, la medida de seguridad se ejecutará antes que la pena. El tiempo de cumplimiento de aquélla se abonará como tiempo de cumplimiento de la pena hasta el límite de las tres cuartas partes de la duración de la misma.*

*En estos casos, una vezalzada la medida, el Juez o Tribunal podrá suspender la ejecución del resto de la pena, si con ella se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la ejecución de la medida, y resultara procedente conforme a una valoración ajustada a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 90.1 del Código Penal. En este caso será de aplicación lo dispuesto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 90”.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“1. En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vezalzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 96.3”.*

## IV. MOTIVACIÓN

Las medidas de seguridad deben ejecutarse de acuerdo con el principio de humanidad de las penas y de prohibición del exceso de castigo.

Se elimina referencia expresa a la imposición conjunta de pena y medida en atención a las reglas de los arts. 98, 99 y 100 del Código penal en atención a que como se verá, es el único sistema en el que se entiende que deberían poder imponerse conjuntamente en casos de semi imputabilidad penas y medidas de seguridad.

Hay que tener excesivo cuidado con la remisión a las reglas de la libertad condicional: las medidas de seguridad de internamiento son de

internamiento y por tanto no está previsto que la última parte de las mismas se ejecute en libertad.

### *ART. 102 apartado 2º del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*No existe correspondencia.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“2. Si se hubieran impuesto al tiempo una pena de más de cinco años de prisión y una medida de internamiento del artículo 100 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrán acordar que se cumpla en primer lugar una parte de la pena, y seguidamente la medida de seguridad. En este caso, la parte de la pena que debe 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 conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior”.*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Eliminación.*

#### **IV. MOTIVACIÓN**

El sistema vicarial de imposición conjunta de pena y medida debe permitir en todo caso el cumplimiento previo de la medida de seguridad

***ART. 102 apartado 3º del Anteproyecto***

(Vid. supra enmienda “8.1. Custodia de seguridad: arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP”, pp. 371 y ss.).

***ART. 102 apartado 4º del Anteproyecto*****I. TEXTO VIGENTE**

*No existe correspondencia.*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“Si se hubieran impuesto conjuntamente una pena de prisión y una medida de libertad vigilada, aquélla se ejecutará en primer lugar”.*

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Eliminación.*

**IV. MOTIVACIÓN**

En coherencia con la supresión de la imposición de medidas de seguridad para los imputables y además porque caso de referirse a un semiinimputable, la libertad de seguridad impuesta como medida de seguridad debe ejecutarse previamente a la pena.

***ART. 103 apartado 1º del Anteproyecto*****I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 97*

*“Durante la ejecución de la sentencia, el juez o tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones:*

- a) *Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.*
- b) *Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.*
- c) *Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.*
- d) *Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“El Juez o Tribunal podrá, en cualquier momento durante la ejecución de la medida, verificar si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria su imposición y adoptar alguna de las siguientes resoluciones:*

- a) *Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.*
- b) *Decretar el cese de la medida, cuando su finalidad haya sido conseguida y su ejecución ya no resulte necesaria.*
- c) *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”.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“Durante la ejecución de la sentencia, el juez o tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones:*

- a) *Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.*
- b) *Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.*
- c) *Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.*

*d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código”.*

## IV. MOTIVACIÓN

En concordancia con la regulación en vigor, debe ser muy amplio el catálogo de posibilidades que asistan al juez.

### *ART. 103 apartado 2 del Anteproyecto*

(Vid. supra enmienda “8.1. Custodia de seguridad: arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP”, pp. 371 y ss.).

## LIBERTAD VIGILADA

El Anteproyecto sigue el camino abierto por la LO 5/2010, que admitió en el ordenamiento jurídico español, no ya la libertad vigilada como medida de seguridad, sino el nuevo presupuesto para la imposición de una medida de seguridad al declarado imputable en sentencia condenado por un delito contra la libertad e indemnidad sexual o de terrorismo. En este sentido se afirma que los cambios que ahora introduce no tienen otra finalidad que el de “mejorar la regulación y favorecer su aplicación en la práctica”: de ahí que las críticas que se hicieron entonces sean trasladables a la nueva regulación, amplificándolas, en la medida en que se amplía considerablemente su uso.

Fundamentalmente, la conclusión más evidente que se puede extraer de la incorporación al Código de la medida de seguridad postpenitenciaria de la libertad vigilada es la actual visión que se tiene de la pena de prisión, incapaz de reinsertar socialmente, por lo que hay que recurrir al cumplimiento sucesivo de pena de prisión y posterior medida de li-

bertad vigilada, dando la bienvenida a un nuevo movimiento correccionalista cuyos orígenes son por todos de sobra conocidos. Sin embargo, dicho fracaso no es consustancial a la propia pena de prisión, ni se debe a una especial complejidad de su ejecución, sino fruto de la adulteración legal que ha sufrido. Es más, puede decirse que el actual diseño de esta pena obedece a las últimas mutaciones que sufrió a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003, limitando el acceso al tercer grado o a la libertad condicional, con independencia del pronóstico de reinserción social del penado, al que se le exige un compromiso ineludible con el Estado —que tiene que demostrar a través de hechos objetivos— de saldar la deuda de reinserción social que ha contraído con la comisión del delito; y otorgando voz en el ámbito del Derecho penitenciario a la propia víctima del delito que, como es notorio, actuará motivada por las ansias de mayor castigo, nunca en atención a las demandas de reinserción social del penado; la LO 5/2010 todavía va más allá, en la medida en que abre las puertas de los establecimientos penitenciarios a posibles-futuras-eventuales víctimas.

Tampoco queda libre de culpa del actual estado de deterioro de la prisión, la reforma operada por la LO 15/2003, con la introducción de las penas de prisión de tres a seis meses, ampliando pues el perfil del usuario de los establecimientos penitenciarios españoles, así como el ramillete de leyes orgánicas que han venido a tipificar como delito nuevas conductas, o a elevar otras que con anterioridad no tenían la consideración más que de mera falta penal, al ámbito del Libro II del Código.

Todo ello ha convertido a la pena de prisión española en una pena que tiende a que se cumpla dentro del establecimiento penitenciario, dificultándose el acceso a los regímenes penitenciarios más abiertos y por ende, más proclives para alcanzar el fin de la reeducación y la reinserción social. De lo anterior se deduce que si las penúltimas reformas practicadas en materia penal penitenciaria han consistido en vaciar de contenido resocializador a la pena privativa de libertad, ahora que se ha debatido una nueva reforma del Código penal, defender la inclusión de otra consecuencia —la libertad vigilada— para alcanzar el difícil fin de la reinserción social, es decir, a lo que expresamente ha renunciado aquélla, no es honesto y está reflejando que el padre de esta disposición no es otro que un legislador pantocrático sentado en el centro un panóptico,

desde donde lo controla todo pero desde donde también se deja ver — paradójicamente— por todos.

Y en este punto salen a relucir los puntos en común que tienen la libertad condicional, entendida en sentido estricto y al margen de la actual regulación legal, con la prediseñada medida de seguridad de libertad vigilada: ¿qué es la libertad condicional, sino una libertad vigilada, de forma que si el condenado comete delito, vuelve al interior de la prisión para terminar de cumplir con la condena impuesta en sentencia?

El hecho, por lo demás, de que tanto cuando se encuentra el penado en libertad condicional, como cuando se le someta a libertad vigilada, las concretas obligaciones y prohibiciones serán determinadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, siendo así, por otro lado, que ya las imponga en uno o en otro concepto, no van a diferir en demasía unas de otras, dadas las similitudes materiales existentes entre ellas, viene a confirmar las sospechas de partida: no se trata más que de añadir un nuevo periodo a la pena privativa de libertad para que supla el papel que antes de las reformas de 2003 desempeñaba la clasificación penitenciaria en el sistema progresivo de ejecución de la pena privativa de libertad que nació, como es sabido, precisamente en España durante el siglo XIX y desde aquí fue transportado a la mayoría de los ordenamientos penitenciarios de nuestro entorno cultural. Y, con ello, la clasificación penitenciaria se transforma de derecho en “beneficio” penitenciario: esto es, el tercer grado o la libertad condicional se han convertido en instituciones graciabiles.

Y todo ello, con independencia de que como afirma Cid Moliné, los condenados a penas privativas de libertad que acceden a la libertad condicional directamente, esto es, sin pasar por tercero o incluso por segundo grado, corren más riesgo de reincidir (“¿Es la prisión criminógena?”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2007/19, pp. 442 y ss.).

Con la imposición sucesiva de pena privativa de libertad vacía de contenido resocializador y posterior medida de seguridad vigilada se tranquiliza la conciencia del legislador, pues su renuncia previa no puede hacer olvidar que la sociedad reclama castigo, pero reclama también protección y el legislador está preparado para ofrecérsela a sus votantes, a costa de lo que sea.

Ese “*lo que sea*” no es más que la dignidad del penado, que se tira por la borda, y con ella, la clave del actual sistema que sostiene al Código penal: si al sujeto que es capaz de comprender la realidad de sus hechos y de comportarse de acuerdo con dicha comprensión, se le impone una medida de seguridad, se le anula como persona, pues se ignora su capacidad de determinación y con ello, su dignidad personal en la medida en que se le trata como si no fuera capaz de autodeterminarse, como a quien padece una alteración mental, o al que tiene alterada la percepción de la realidad: en definitiva, como a quien no sabe lo que hace.

En este momento, el legislador actúa ya libre de cualquier atadura, por lo que pasa la frontera existente entre la pena y la medida con soltura, como si aquella fuera invisible y nada pasara o nada se enturbiara con semejante forma de proceder.

Lo anterior parece venir a confirmar las sospechas de partida: la libertad vigilada, tal y como fue diseñada ya por la “tímida” LO 5/2010 y cuya utilización se extiende en el Anteproyecto persigue no la mejor reinserción social del condenado, sino el mayor control penal del mismo, volviéndose todo lo más a una nueva visión de la inocuización como efectiva finalidad de la pena privativa de libertad para el delincuente peligroso una vez que la prisión ha renunciado *a priori* a reinsertarlo socialmente por presumir que tiene un pronóstico penitenciario negativo. Paso necesario ha sido volver a confundir el concepto de peligrosidad criminal con el denostado en otras épocas históricas de peligrosidad social, que se creía superado en el ordenamiento jurídico español (J. M. Terradillos Basoco, *La culpabilidad*, ed. Indepac, México DF, 2002, p. 76).

### ***ART. 104 apartado 1º del Anteproyecto***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*No existe correspondencia.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“1. El Juez o Tribunal impondrán una medida de libertad vigilada cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

*a) La imposición de la medida de libertad vigilada esté prevista en la Ley penal para el delito cometido.*

*b) Se haya impuesto al sujeto una pena de más de un año de prisión.*

*c) Se cumplan los requisitos de los números 2 y 3 del artículo 95.1 del Código Penal.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Eliminación.*

## IV. MOTIVACIÓN

La imposición de una medida de seguridad debe venir motivada por el estado de inimputabilidad o seiimputabilidad del autor, por lo que no cabe ser impuesta al declarado imputable y por tanto condenado a pena alguna.

### *ART. 104 apartado 2º del Anteproyecto*

## I. TEXTO VIGENTE

*No existe correspondencia.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“Asimismo, se impondrá una medida de libertad vigilada:*

*a) Cuando haya sido absuelto por haber sido apreciada la concurrencia de alguna de las eximentes de los números 1º, 2º ó 3º del artículo 20 de este Código, o haya sido apreciada la atenuante 1ª del artículo 21 con relación a alguna de las anteriores, y se cumplan los demás requisitos del artículo 95.1 del mismo.*

b) Cuando se suspenda la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad.

c) Cuando se cumpla el plazo máximo de duración de la medida de seguridad privativa de libertad que se hubiera impuesto, y resulte necesario para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos”.

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Eliminación.*

### IV. MOTIVACIÓN

Con carácter previo ha de señalarse que el Código penal no puede obligar al juez a imponer una medida de seguridad, cuya capacidad de actuación debe ser lo más amplia posible, a fin de que pueda adaptarse a las necesidades del penado.

Además, nótese el significado que tiene la letra a): si se le obliga al juez a imponer una medida de seguridad en caso de que concurra una causa de justificación, es porque el presupuesto para ello ya no es la comisión de un hecho antijurídico, sino un peligro común, para-penal, que distorsiona la cientificidad del sistema. ¿Quizás se trata de un peligro social? Con ello, el fantasma de otros tiempos, queda por fin al descubierto.

Por otro lado, al igual que ocurría con la medida de seguridad de custodia de seguridad, ésta no se impone para “compensar riesgos” sino para contrarrestar la peligrosidad del autor.

#### *ART. 104 bis del Anteproyecto*

### I. TEXTO VIGENTE

*No existe correspondencia.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“1. El Juez o Tribunal podrá imponer al sujeto sometido a la medida de libertad vigilada, durante todo el tiempo de duración de la misma o durante un período de tiempo determinado, el cumplimiento de las siguientes obligaciones y condiciones”.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“1. El juez o tribunal al decretar la medida de seguridad de libertad vigilada, concretará de entre las siguientes, las obligaciones y condiciones que deba seguir el condenado”.*

## IV. MOTIVACIÓN

Es necesario concretar la medida de libertad vigilada con ese concreto contenido. De lo contrario, se da a entender que se trata de pautas que meramente acompañan a una condición superior.

### *ART. 104 bis.1.2ª del Anteproyecto*

## I. TEXTO VIGENTE

*No existe correspondencia.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando se trate de individuos de los que pueda sospecharse que pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. También se le podrá prohibir establecer relación, ofrecer empleo, facilitar formación o albergar a cualquiera de las personas mencionadas”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“Prohibición de establecer contacto de cualquier clase por cualquier medio de comunicación con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal”.*

### IV. MOTIVACIÓN

La finalidad de las medidas de seguridad no es la de prohibirle al autor determinados comportamientos, tuitivamente, controlar que no vuelve a cometer delito.

Se trata de una medida de contenido puramente policial que no puede confundirse con la esencia de las medidas de seguridad.

Siendo así que, además, se olvida el legislador de prohibirle el contacto con la víctima dejándola desprotegida, que es una de las finalidades que se persigue con esta medida de libertad vigilada.

#### *ART. 104 bis.1.4ª del Anteproyecto*

### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 106.1h*

*“Prohibición de residir en determinados lugares”.*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“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”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“Prohibición de residir en un lugar determinado o acudir al mismo”.*

## IV. MOTIVACIÓN

Desde el punto de vista de la prevención especial, es obvio que el juez impondrá esta forma de libertad vigilada, por lo que no es preciso señalarlo especialmente; pero además, se deja fuera la prohibición de residir en el lugar en el que se cometió el delito, que sí se incluye dentro del alejamiento cuando se impone como pena.

### *ART. 104 bis.1.13ª del ANTEPROYECTO*

#### I. TEXTO VIGENTE

106.1.K

*“La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“Someterse a tratamiento ambulatorio. 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”.*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“Someterse a tratamiento ambulatorio. 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. El incumplimiento de esta medida no será considerada quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido. En este caso, el juez o Tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate”.*

## IV. MOTIVACIÓN

El respeto al principio de autonomía del paciente y a la exigencia que establece el art. 2.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios).

### *ART. 104 bis.1.15ª del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

*No existe correspondencia.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*15ª Llevar consigo y mantener en adecuado estado de conservación los dispositivos electrónicos que hubieran sido dispuestos para controlar los horarios en que acude a su lugar de residencia o, cuando resulte necesario, a los lugares en que se encuentra en determinados momentos o el cumplimiento de alguna de las medidas a que se refieren las reglas 1ª a 4ª. Esta regla solamente podrá ser impuesta cuando el sujeto hubiera sido condenado por alguno de los delitos a que se refieren las letras a) y f) del número 1 del artículo 101.1 de este Código.*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“15ª Llevar consigo y mantener en adecuado estado de conservación los dispositivos electrónicos que hubieran sido dispuestos para controlar los horarios en que acude a su lugar de residencia o, cuando resulte necesario, a los lugares en que se encuentra en determinados momentos o el cumplimiento de alguna de las medidas a que se refieren las reglas 1ª a 4ª reguladas en este artículo”.*

## IV. MOTIVACIÓN

Carece de sentido desde el punto de vista de la prevención especial limitar esta obligación al hecho de que el sujeto haya sido condenado por un “delito contra la vida, la integridad física, la libertad, la libertad o indemnidad sexual” y “delitos de terrorismo” y no respecto del resto de delitos a los que se hace mención en ese precepto, pues también son instrumento idóneo para controlar la ejecución de la medida de libertad vigilada, no son pena autónoma. Así, por lo menos, se dispone en el art. 48 cuando se describe su contenido como medio auxiliar de control de la pena de alejamiento”.

Por otro lado, ha de tenerse en consideración que se ha propuesto la eliminación del art. 101 donde se regula la custodia se seguridad.

### *ART. 104 bis 2 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

*No existe correspondencia.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“El Juez o Tribunal podrán también imponer, durante todo el tiempo de duración de la medida o durante un período de tiempo determinado, el cumplimiento de otras obligaciones y condiciones, especialmente aquéllas que se refieren a la formación, trabajo, ocio, o desarrollo de su actividad habitual”.*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“El Juez o Tribunal podrán también imponer, durante todo el tiempo de duración de la medida o durante un período de tiempo determinado, el cumplimiento de otras obligaciones y condiciones, especialmente aquéllas que se refieren a la formación, ocio, o desarrollo de su actividad habitual”.*

## IV. MOTIVACIÓN

El art. 25.2 de la Constitución expresamente señala que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”.

### *ART. 104 bis 3 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

*No existe correspondencia.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“No podrán imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados con las circunstancias del caso”.*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Eliminación.*

## IV. MOTIVACIÓN

Semejante limitación carece de sentido doblemente. Por un lado, como se ha propuesto en este estudio, es necesario que se incluya en el Título preliminar una cláusula de proporcionalidad en abstracto en aplicación a las medidas de seguridad. Pero además, los deberes y obligaciones que se adopten deberán tener en consideración la peligrosidad criminal del autor, no las circunstancias del caso que parecen apuntar más a una proporcionalidad típica en el ámbito de las penas.

***ART. 104 ter del Anteproyecto*****I. TEXTO VIGENTE**

*No tiene correspondencia.*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“1. La libertad vigilada tendrá una duración mínima de tres años y una duración máxima de cinco.*

*2. El plazo máximo de duración podrá ser prorrogado por plazos sucesivos de una duración máxima de cinco años cada uno de ellos, cuando se hubieran producido anteriormente incumplimientos relevantes de las obligaciones y condiciones impuestas conforme al artículo 104 bis de los que puedan derivarse indicios que evidencien un riesgo relevante de comisión futura de nuevos delitos, y además:*

*a) La medida de libertad vigilada hubiera sido impuesta en los supuestos del artículo 192.1 de este Código, o,*

*b) de conformidad con lo dispuesto en la letra c) del artículo 103.1 de este Código.*

*3. La libertad vigilada comienza con la firmeza de la sentencia que la impone, en el caso del artículo 104.1 y de la letra a) del artículo 104.2 de este Código, o con la resolución en que se acuerda la suspensión de otra medida de seguridad privativa de libertad, en los demás casos. No se computará como plazo de cumplimiento aquél en el que el sujeto a la medida se hubiera mantenido en situación de rebeldía.”*

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Sustitución:*

*“La duración de la medida no podrá sobrepasar el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.”*

## IV. MOTIVACIÓN

En coherencia con la eliminación de la imposición de la medida de seguridad al declarado imputable en sentencia.

### *ART. 105.3 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

*No tiene correspondencia.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“Cuando el Juez o Tribunal hubieran resuelto conforme al apartado 1 de este artículo a instancias de la persona sujeta a la medida, podrán fijar un plazo dentro del cual no se dará curso a las peticiones de revisión presentadas por la persona sujeta a la medida. Este plazo no podrá ser superior a un año.”*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Eliminación.*

## IV. MOTIVACIÓN

La duración de la libertad vigilada no puede prolongarse en atención a fórmulas temporales, si postergan la dignidad del penado —al ser innecesarias—.

### *ART. 106 apartado 1º del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

*No tiene correspondencia.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“1. La libertad vigilada termina cuando se cumple el plazo máximo de duración establecido en el número 1 del artículo 104 ter, salvo que hubiera sido acordada su prórroga conforme a lo dispuesto en el número 2 del mismo precepto”.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Eliminación.*

## IV. MOTIVACIÓN

En atención a lo señalado en la enmienda al art. 104 ter.

### *ART. 106 apartado 2º del Anteproyecto*

## I. TEXTO VIGENTE

*No tiene correspondencia.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“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”.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“Si durante la ejecución de la medida de libertad vigilada fuera acordada la ejecución de una pena o de otra medida de seguridad, el Juez o Tribunal, a*

*la vista de la peligrosidad criminal del penado, decidirá si mantiene o cambia la medida de seguridad impuesta”.*

## IV. MOTIVACIÓN

La dignidad del penado obliga a que se dé prioridad a la medida de seguridad.

### *ART. 106 apartado 3º del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

*No existe correspondencia.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“Cuando 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 de ejecución ordenará el cumplimiento de una sola medida de libertad vigilada cuyo contenido será ajustado conforme a lo dispuesto para cada una de las medidas que se hubieran impuesto, y establecerá un plazo máximo de duración que no podrá exceder del límite de la suma de la duración de las medidas impuestas, ni ser superior a siete años. En estos casos, resulta igualmente aplicable lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 104 ter de este Código”.*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Eliminación.*

## IV. MOTIVACIÓN

Con lo establecido en la enmienda al apartado 2º del art. 106 se cubrirían ya todos los supuestos de concurrencia de la medida de seguridad de libertad vigilada con otras medidas de seguridad.

### *ART. 106 apartado 4º del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

*No existe correspondencia.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*4. 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 de este Código.*

*En estos casos, el incumplimiento grave de la libertad vigilada determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena o de la libertad condicional cuando se hubiera producido dentro del tiempo de la suspensión.”*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Eliminación.*

## IV. MOTIVACIÓN

En coherencia con la propuesta de eliminación de la imposición de la medida de seguridad de libertad vigilada al declarado imputable en sentencia.

### *Enmienda de adición al texto del Anteproyecto*

Art. 106 BIS

*“En caso de incumplimiento de una o varias de las obligaciones o prohibiciones impuestas por el juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito de quebrantamiento de condena, con la excepción del incumplimiento de la obligación de seguir tratamiento médico que en ningún caso dará lugar a dicha apertura”.*

## MOTIVACIÓN

No se ha incluido cláusula alguna relacionada con el quebrantamiento de la medida de libertad vigilada, a pesar de que el art. 468 considera delito de quebrantamiento el incumplimiento de medidas de seguridad.

### *ART. 107 apartado 4º del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

*No existe correspondencia.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“Resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 105 del Código Penal.”*

### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Eliminación.*

### **IV. MOTIVACIÓN**

Por carecer completamente de sentido dicha previsión en el interior del art. 107.

#### *Artículos del Anteproyecto*

153 apartado 5, 156 ter, 168 bis, 177 bis (vid motivación de la enmienda presentada por BOZA/ACALE), 192, 236 bis, 242 bis, 243.2, 244.5, 252 bis, 304 bis, 318 bis (vid motivación de la enmienda presentada por BOZA/ACALE), 385 quinqués, 580 bis.

### **I. TEXTO VIGENTE**

*No tienen correspondencia en este punto.*

### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*153 apartado 5, 156 ter, 168 bis, 177 bis (vid motivación de la enmienda presentada por BOZA/ACALE), 192, 236 bis, 242 bis, 243.2, 244.5, 252 bis, 304 bis, 318 bis (vid motivación de la enmienda presentada por BOZA/ACALE), 385 quinqués, 580 bis.*

### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Eliminación.*

## IV. MOTIVACIÓN

En todos ellos se impone al sujeto imputable condenado a pena de prisión por esos delitos la medida de seguridad de libertad vigilada que, en coherencia con la propuesta realizada de suprimir este estado peligroso, deben ser derogados.

### *ART. 108 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

*“1. Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.*

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

*En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.*

*2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.*

*3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores, será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“1. Las medidas de seguridad privativas de libertad que fueran impuestas a un ciudadano extranjero podrán ser sustituidas por el Juez o Tribunal, en la Sentencia o resolución que las imponga, o en otra posterior, por la expulsión del territorio nacional, salvo que excepcionalmente y de forma motivada se aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España o que la expulsión resulte desproporcionada.*

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

*En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.*

*2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.*

*3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad."*

### **III. PROPUESTA Y MOTIVACIÓN**

*Se comparte la propuesta que realiza BOZA MARTÍNEZ.*

## 8.5. Medidas de seguridad y su ejecución

**XABIER ETXEBARRIA ZARRABEITIA**

*Abogado. Profesor de Derecho Penal*

*Universidad de Deusto*

*Miembro Plataforma Otro derecho penal es posible*

*(www.otroderechopenal.com)*

---

### I. CONSIDERACIONES GENERALES

El número y entidad de las objeciones político-criminales, dogmáticas y de técnica legislativa que se podrían hacer al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 11 de octubre de 2012 (en adelante, ACP 2012) —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 irremisiblemente 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 Exposición de Motivos del Anteproyecto dedica su capítulo más extenso, el VI, a la reforma de las medidas de seguridad que se acomete con fundamento en la peligrosidad y la pretensión de consolidar el sistema dualista. 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, omite la Exposición de Motivos 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 (“una perversión del derecho penal y un abuso del poder del Estado”, dijo de ella el profesor Muñoz Conde) 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.

La reforma emprendida afronta el tratamiento de la delincuencia peligrosa por la técnica de incidir no solo sobre la pena sino también —y esto es lo inédito hasta ahora— sobre el régimen legal de las medidas de seguridad. Quizá porque la ampliación desmesurada de la pena, tanto en su imposición como en su cumplimiento, ha llegado a un punto difícil de traspasar sin comprometer seriamente los límites establecidos en el art. 25.2 CE, o quizá porque la pretendida ausencia de instrumentos legales capaces de ofrecer una respuesta al tratamiento del preso reputado peligroso una vez cumplida la pena impuesta (porque hay que recordar que todas las penas de prisión, salvo la perpetua ejecutada en su literalidad, se terminan cumpliendo), ha abocado a que el mismísimo poder judicial intervenga inopinada y, —a juicio de muchos— extralimitándose en la interpretación de la ley, por medio de resoluciones basadas en interpretaciones y criterios no ya discutibles sino hasta condenables.

En suma, 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 humanos.

Por otro lado, es inconcebible ligar la reforma en materia de medidas de seguridad a la confianza y previsibilidad “por parte de la ciudadanía”, como hace la primera frase de la Exposición de Motivos. La evaluación de la eficacia del ACP 2012, si desafortunadamente llegara a entrar en vigor, se situaría en el terreno de la prospección sociológica, para averiguar si los ciudadanos perciben las normas como justas, más que en el estudio criminológico para conocer la eficacia preventiva y protectora de las normas penales aprobadas. Además, la regulación difícilmente logrará la previsibilidad sino lo contrario. 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 concep-

to de justicia se dirigiría más a éstas que a las MS— sean las adecuadas, justas, 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. EL ACP 2012 nos sitúa al margen de los criterios de necesidad, utilidad, eficacia preventiva... que deben presidir el sistema penal.

La eliminación del principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad nos sitúa en el terreno de las medidas “adefectivas”, en las que el delito cometido ya no es la expresión de la peligrosidad sino una “excusa” para inocular a una persona aunque la peligrosidad objetivamente manifestada en un hecho sea mínima, en una clara expresión de derecho penal de autor en el que el hecho es la mera excusa para intervenir sobre la persona.

También la posibilidad de duración indefinida y de por vida de medidas como el internamiento psiquiátrico —¡que con carácter general en España se cumple en prisión!— y la libertad vigilada nos sitúa extramuros del derecho penal del hecho.

El concepto de peligrosidad y el proceso para su determinación se convierten en piedras angulares de importantísimas restricciones de la libertad u otros derechos. Por ello, precisamente la ausencia de una correcta determinación conceptual y procesal deberían por sí mismas suponer un freno a la continuación del ACP 2012. Siguiendo a Marambio, 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 garantistas.

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 tenida en cuenta 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, etc. Por tanto, si se quiere ir a un sistema de doble vía, culpabilidad-peligrosidad, pudiendo imponer a au-

tores culpables una pena por ello y una MS por la peligrosidad, debería reformularse también el sistema de penas, en primer lugar (como hace hincapié Teresa Manso desde una perspectiva comparada de dureza de las penas en España) rebajando la duración de las penas.

La Memoria de impacto que acompaña al ACP 2012 es inasumible y poco creíble, al afirmar que las modificaciones en materia de seguridad no comportarán un incremento de gasto público, dado que, en relación con la custodia de seguridad, se afirma, no supondrá un aumento de la población penitenciaria —lo cual es ya muy significativo, al incluir a los sometidos a custodia de seguridad en 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, incluso leves— 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.

La libertad vigilada aparece en ocasiones como una “propina” irrelevante que acompaña a casi todas las demás medidas y penas, incluso aparentemente desconectada de la declaración de peligrosidad

La ausencia de una regulación procesal y de ejecución también debería significar la paralización de la tramitación y/o entrada en vigor de las normas previstas en el ACP 2012. España reclama con urgencia una nueva regulación procesal, en la que se contemple de manera adecuada la imposición de medidas de seguridad, y también viene siendo exigida desde hace tiempo una legislación de ejecución de penas y medidas de seguridad que supere el estrecho marco de la LOGP. La ejecución de

medidas de seguridad privativas de libertad y no privativas de libertad se desarrolla en la actualidad en una prácticamente total ausencia de regulación, con riesgo para la seguridad jurídica y las garantías y derechos de los sometidos a medidas, en abierta contradicción con el principio de legalidad en la ejecución.

Los enormes riesgos para la libertad y los derechos de las personas que supone la revolución en el sistema de medidas de seguridad (este ACP 2012 es más un nuevo código que una ley de reforma) deberían llevar a extremar las garantías sustantivas, procesales y de ejecución, así como los medios para la implementación de la normativa. La constatación de que esto no se cumple lleva a afirmar que los riesgos son inasumibles.

Por último, la regulación de tratamiento de las adicciones al alcohol u otras drogas a través de la medida de seguridad de internamiento resulta confusa, desconectada del régimen de las eximentes, que solamente se impondrá cuando exista una expectativa razonable de superación de la adicción, llevando en este caso únicamente a la pena. Sin duda, a la vista de este apartado y el apartado Quincuagésimo cuarto (nuevo art. 102), el régimen de las respuestas a los delincuentes adictos queda sometido a una importante inseguridad. Además, el caso de concurrencia de pena atenuada y medida en estos casos, se somete en el art. 102 proyectado a un régimen confuso (“sumado el tiempo de duración de la medida”, cuando las medidas no tienen duración determinada sino máxima) e inconveniente desde la perspectiva tratamental como es que haya que cumplir una parte de la pena antes del internamiento en centro de deshabitación.

## II. ALGUNAS ENMIENDAS AL ACP 2012

*Tercero. Art. 6.2*

*De supresión*

### **JUSTIFICACIÓN**

El actual artículo 6.1 del Código Penal contiene la plasmación en el derecho positivo del fundamento en que están basadas las medidas de

seguridad en el sistema español: “*las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito*”. Se trata de un precepto —por el momento no reformulado— que, por un lado, hace bascular la noción de peligrosidad en la gravedad del delito cometido, que se convierte en la medida de la justa proporción de la sanción vinculada al hecho delictivo y, por otro lado, proscribire la imposición de medidas pre-delictuales.

Así planteado, resulta consecuente la regla contenida en su párrafo 2: “*Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor*”. Con arreglo a este criterio se condiciona la imposición de medidas privativas de libertad a que la pena prevista por el delito cometido lo sea también de prisión. Tampoco podrá extenderse más allá del tiempo de cumplimiento en prisión previsto para el delito ni prolongarse más de lo que impongan las necesidades de prevención especial para el caso concreto.

La norma, en su actual redacción, impide la aplicación de una medida de internamiento en un centro de custodia por un delito que no esté castigado con el ingreso en prisión y, lo que para el pre-legislador de 2012 resulta más importante, imposibilita que se cumpla más allá de la pena abstracta del delito, es decir, una vez cumplido ese máximo y sin solución de continuidad. Para hacerlo factible, y conseguir con ello la ruptura definitiva con el sistema vicarial establecido por el legislador de 1995, se reforma este párrafo vaciándolo de una parte sustancial de su contenido, que en el Anteproyecto dispone: “*las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor*”. Por lo tanto, el criterio de la gravedad del hecho cede al de la peligrosidad del infractor, el centro de gravedad del sistema se traslada del delito al delincuente y la peligrosidad —concepto vago e impreciso, impregnado de elementos extralegales a través de los que se vislumbran criterios moralizantes o paternalistas— sustituye a la culpabilidad abstracta como límite de la sanción a imponer (en el entendido de que en realidad estamos ante un fraude de etiquetas en el que las medidas previstas en realidad son penas con finalidad inocuizadora y demagógica) y en todo caso eliminando el nexo de la restricción de derechos operada con la medida con la gravedad del delito que es exteriorización

garantista de peligrosidad. En abierta contradicción con el art. 6.1 cuya vigencia no se cuestiona y con el art. 95.2 proyectado, al que se vacía de contenido).

Con ello, como explica la Exposición de Motivos del Borrador del Anteproyecto que examinamos, “*se supera* (sic) el sistema monista”, tradicionalmente asumido por nuestros Códigos Penales, añade. Sin entrar a polemizar acerca del nivel de certeza, en términos históricos, de esa afirmación, lo que resulta evidente es que el Código de 1995 optó por un sistema dual que prevé la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad y que sólo se traviste en monista cuando se llega a la ejecución de la condena, para impedir —con el correctivo vicarial— lo que, de prosperar la reforma, podría llegar a ser el régimen general de ejecución, la aplicación conjunta de pena y medida de seguridad convertidas en una sanción única susceptible de prolongar —puede que hasta indefinidamente— el tiempo de cumplimiento de la condena en régimen de privación de libertad, conculcando principios elementales del derecho penal democrático como el principio de legalidad, el de seguridad jurídica y el de proporcionalidad y comprometiendo seriamente el *non bis in ídem*.

Las medidas de seguridad no pueden desconectarse de la gravedad del delito cometido, que es precisamente la necesaria expresión de la peligrosidad, por imperativo del principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo la STC 61/1998, de 17 de marzo (que declaró contraria al principio de legalidad penal la imposición de un a medida juvenil de privación de libertad por la realización de una falta frustrada de hurto basada en la peligrosidad o necesidades preventivo especiales del menor) afirmó claramente la vigencia del principio de proporcionalidad en relación con cualquier restricción de derechos, independientemente de que tenga naturaleza de pena o no. Esta orientación, sobre la base del reconocimiento del menor como sujeto de derechos, se constata en la STC 36/1991 (FJ 7º), que declara que “junto con la necesaria flexibilidad de que ha de disponer el juez en la apreciación de los hechos y de su gravedad, también es preciso que se sujete a determinados principios que operan como límites a esa discrecionalidad, reconocidos en algunos casos en la propia LTTM (...), y en otros *implícitos de la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales como son la proporcionalidad entre la*

*gravedad del hecho y la medida impuesta* o la imposibilidad de establecer medidas más graves, o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase.”

Desconectar la gravedad y duración de la restricción de derechos operada por la medida de seguridad de la del delito, medida por la pena abstracta prevista, superando aquélla la de ésta, supondría usar el delito cometido como mera excusa para una arbitraria privación de libertad o otros derechos, configurando así un tipo de medida de seguridad “adictual” o “extradictual”, similar a las medidas de seguridad pre-dictuales en su proscripción por nuestra ley fundamental.

El futurible art. 95.2 seguirá proporcionando la medida de seguridad a la gravedad del delito, por lo que resulta incoherente, y un fraude a esta misma declaración, eliminar el límite de la duración de la pena abstracta del delito, único criterio de proporcionalidad razonable.

En consonancia con la supresión de esta modificación, debería modificarse en profundidad la Exposición de Motivos del Anteproyecto.

*Cuadragésimo séptimo. Art. 95*

*De modificación:*

*“1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes pertinentes y oído el acusado, cuando concurren las siguientes circunstancias:*

*3.– Que la imposición de la medida de seguridad resulte necesaria para reducir razonablemente la peligrosidad*

*2. La medida de seguridad no podrá ser más gravosa ni de mayor duración que la pena prevista para el delito en que se haya expresado la peligrosidad.*

*3. La peligrosidad consiste en la alta probabilidad de comisión de nuevos delitos, acreditada en un procedimiento contradictorio con base en los informes técnicos pertinentes. El Juzgado o Tribunal deberá motivar suficientemente la apreciación de la peligrosidad.*

## JUSTIFICACIÓN

La regulación en el código penal debe apuntar al menos a unos mínimos de garantías en los aspectos procesales y de ejecución, sin perjuicio de que deba exigirse la aprobación de la normativa procesal y de ejecución necesaria a través de una disposición adicional.

Debe prevenirse el riesgo de que espurios criterios de prevención general, significadamente la alarma social, se inmiscuyan en la coherencia

del criterio de necesidad de prevención de la peligrosidad, así como que la decisión judicial pueda estar condicionada por la presión social y/o mediática.

La confusa y ambigua redacción (“proporcionada a la gravedad del delito y de aquellos que se prevea pudiera llegar a cometer, así como a la peligrosidad del sujeto”) difumina el concepto de peligrosidad, la proporcionalidad de la medida con la gravedad del hecho que expresa la peligrosidad y expresa muy poco rigor en la determinación del criterio de necesidad de la medida y proporción con la peligrosidad.

*Cuadragésimo Octavo. Art. 96.3.5°*

*De supresión*

## JUSTIFICACIÓN

La expulsión de extranjeros no es una medida de seguridad, es una sanción administrativa dirigida al control de flujos migratorios y políticas de orden público, por lo que debe quedar al margen del derecho penal. Además de que no distingue entre extranjeros legalmente residentes o no o comunitarios.

*Quincuagésimo. Art. 98*

*De modificación y adición*

*“1. El Juez o Tribunal podrá acordar el internamiento en un centro psiquiátrico distinto de los establecimientos para el cumplimiento de penas...*

*2. El régimen del internamiento se determinará por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria con base en los informes emitidos por los facultativos que atiendan al sometido a la medida.*

*3. [...]*

*Cuando a juicio de los facultativos que atiendan al sometido a internamiento ya no sea necesario el internamiento, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria deberá decretar el cese y, caso de persistir peligrosidad, según los informes obrantes y los que se puedan solicitar, sustituirlo por libertad vigilada y/o tratamiento ambulatorio.*

*Si transcurrido el plazo máximo de la medida... el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar la prolongación de la medida por periodos sucesivos de dos años, hasta el límite máximo de la pena abstracta prevista para el delito. Cumplido este límite se procederá, en su caso, por los trámites del art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

## JUSTIFICACIÓN

El internamiento psiquiátrico, como cualquier otra medida, no puede ser indefinido ni exceder del límite de proporcionalidad con la gravedad del hecho en que se exterioriza la peligrosidad. Más allá de este límite, no cabe sino aplicar el régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por otro lado, debe introducirse ya en el Código Penal una norma que evite lo que ahora está ocurriendo, que las medidas de seguridad de internamiento psiquiátrico se están cumpliendo, en el mejor de los casos, en la enfermería de las prisiones. Pareciera que de la dicción “centro psiquiátrico” se excluyera por su propio significado los centros penitenciarios, pero resulta revelador que el pre-legislador atribuya la propuesta de prórroga de la medida a la Junta de Tratamiento, un órgano penitenciario definido en la LOGP.

Dar mayor peso al criterio de los facultativos que atienden al sometido a medida evitaría las situaciones que ahora se están produciendo, en las que los juzgados y tribunales en ocasiones se guían para al mantenimiento o cese de la medida más por criterios de alarma social y prevención general que por la necesidad de prevenir la peligrosidad a juicio de los profesionales sanitarios.

Por otro lado, es necesario acabar con la anomalía, que ha demostrado su disfuncionalidad, de que un juzgado, el juzgado de vigilancia penitenciaria, haga propuestas a otro órgano, el juzgado o tribunal sentenciador. Los órganos judiciales están para decidir, no para proponer, y debe ser el JVP el que asuma esta función de ejecución de las medidas.

Por último, en este, como en otros preceptos del ACP 2012, la libertad vigilada se prevé como una medida de seguridad de imposición prácticamente automática, incluso aparentemente intentando sustraerla del régimen general de las medidas previsto en los arts. 6 y 95 de acreditación de la peligrosidad criminal e incluso, como en este caso, desplazando la carga de la prueba a la demostración de la no necesidad de la misma, cuando lo que debe probarse es la existencia de peligrosidad.

Es cierto que la libertad vigilada es una medida menos restrictiva que la custodia de seguridad o los internamientos previstos, pero no debe pensarse que es una intervención inocua o poco aflictiva y menos aún

sustraerse a los principios sustantivos y procesales que rigen para todas las medidas de seguridad.

*Quincuagésimo cuarto. Art. 102*

*De modificación*

*“1, Cuando se impongan... hasta el límite de las tres cuartas partes.”*

## JUSTIFICACIÓN

Resultaría inconsecuente con el sistema vicarial y con el principio de proporcionalidad que no se abonase a la pena la totalidad del tiempo de internamiento de la medida de seguridad.

*Quincuagésimo quinto. Art. 103*

*De modificación*

*“1, El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria...*

*c) Suspender la ejecución de la medida durante un plazo máximo del límite máximo de duración de la medida. En este caso, acreditada su necesidad por la peligrosidad, se impondrá al sujeto una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años y hasta el límite de la pena abstracta prevista para el delito.*

## JUSTIFICACIÓN

En consonancia con la atribución del control de las medidas al JVP y eliminar el automatismo en la imposición de la libertad vigilada.

*Quincuagésimo octavo. Art. 104*

*De modificación*

*“2.b. Cuando se suspenda la ejecución... y se cumplan los requisitos de los números 2 y 3 del art. 95.1 del Código Penal.*

## JUSTIFICACIÓN

En consonancia con la prevención de automatismos en la imposición de la libertad vigilada.

*Sexagésimo. Art. 104 ter*

*De modificación*

*“1. La libertad vigilada tendrá una duración máxima de cinco años y en todo caso la de la pena abstracta prevista para el delito.*

*2. El plazo máximo de duración podrá ser prorrogado por plazos sucesivos de una duración máxima de 2 años hasta el límite de la pena abstracta prevista para el delito.*

## JUSTIFICACIÓN

Una medida de seguridad no puede, por su propia esencia y fundamento, tener una duración mínima. Si desaparece la peligrosidad la medida debe cesar.

Mantener el principio de proporcionalidad con la gravedad del hecho. La libertad vigilada también es una relevante intromisión en la esfera de la libertad y privacidad de las personas por lo que las prórrogas de 5 años son excesivas y en todo caso se ha de mantener la proporcionalidad con el delito que expresa la peligrosidad. No puede mantenerse a una persona en libertad vigilada durante el resto de su vida.

*Sexagésimo cuarto. Art. 108*

*De supresión*

## JUSTIFICACIÓN

La expulsión de extranjeros no es una medida de seguridad, es una sanción administrativa dirigida al control de flujos migratorios y políticas de orden público, por lo que debe quedar al margen del derecho penal. Además de que no distingue entre extranjeros legalmente residentes o no o comunitarios.

## 8.6. Medidas de seguridad

ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN  
Catedrático de Derecho penal  
Universidad de Valladolid

---

### I. TÍTULO PRELIMINAR

I. *Código penal vigente*: Artículo 6

II. *Anteproyecto*: Artículo Único, Tercero

III. *Propuesta*: Mantener la previsión del Anteproyecto.

IV. *Motivación*: Expresa mejor que el derecho vigente el sentido en qué debe concretarse el principio de proporcionalidad en la medida, desvinculándolo, a diferencia de lo que sucede ahora, de la pena correspondiente al delito cometido.

### II. LIBRO PRIMERO, TÍTULO CUARTO. SISTEMÁTICA

I. *Código penal vigente*: División en dos capítulos (“De las medidas de seguridad en general”, artículos 95 a 100 y “De la aplicación de las medidas de seguridad”, artículos 101 a 108) y subdivisión del segundo en dos secciones (“De las medidas privativas de libertad”, artículos 101 a 104 y “De las medidas no privativas de libertad”, artículos 105 a 108)

II. *Anteproyecto*: No introduce modificación alguna

III. *Propuesta*: División en dos capítulos: “De las medidas de seguridad en general”, artículos 95 y 96 de mi propuesta y “De la aplicación y ejecución de las medidas de seguridad”, artículos 97 a 108 de mi propuesta), sin subdividir en secciones. Anteponer en la rúbrica del título y de los dos capítulos el término “corrección” al de “seguridad”

IV. *Motivación*: Ni en el derecho vigente, ni menos aún el Anteproyecto, existe correspondencia entre la rúbrica de los capítulos y secciones y el contenido respectivo.

### III. DE LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN Y DE SEGURIDAD EN GENERAL

I. *Código penal vigente*: Artículos 95 y 96.

II. *Anteproyecto*: Artículo Único, cuadragésimo séptimo a cuadragésimo noveno

III. *Propuesta*: Sustituir por dos artículos de este tenor.

*Artículo 95* "1. Las medidas de corrección y de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estimen convenientes, cuando concurren las siguientes circunstancias:

1º Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito

2º 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.

2. En la imposición de la medida o medidas que vengan en consideración de acuerdo con las reglas de los artículos siguientes, se atenderá al principio de subsidiaridad, acudiendo a la medida o medidas sólo en el caso de que resulte necesario y, optando en cada caso por las menos gravosas.

3. La medida o medidas que se impongan deberán ser proporcionadas a la gravedad del delito cometido y de aquellos que se prevea que pudiera llegar a cometer, así como a la peligrosidad del sujeto".

*Artículo 96*: "1. Las medidas de corrección o de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.

2. Son medidas privativas de libertad:

1ª El internamiento en centro psiquiátrico

2ª El internamiento en centro de deshabitación

3ª El internamiento en centro educativo especial

3. Son medidas no privativas de libertad:

1ª El sometimiento a tratamiento médico externo.

2ª La libertad vigilada.

3ª La custodia familiar.

4ª La privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores.

5ª La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

6ª La prohibición de ejercicio de actividad profesional".

IV. *Motivación*: Como indica el Informe del Consejo Fiscal, el número 3 del apartado 1 del artículo 95, en la redacción del Anteproyecto, contiene una mera declaración programática y es, en cuanto tal, prescindible. El número 2 del artículo 95 simplifica la redacción del artículo 97 del Anteproyecto, en lo que se refiere a la plasmación de la idea de subsidiariedad. Para la concreción del principio de proporcionalidad en

sentido estricto, mantenemos la redacción del número 2 del artículo 95 del Anteproyecto, casi literalmente tomada del Código Penal alemán. Como hemos insistido en diversas contribuciones, resulta mucho más adecuada que las del CP vigente, artículos 6, 95.2 y 101 a 104.

Pasando al catálogo de las medidas del artículo 96, en lo que se refiere a medidas privativas de libertad, no hay razón para modificar el orden de las tres incorporadas al vigente Código Penal y, aunque esta propuesta no aborda este punto concreto, parece cuestionable la introducción de la medida de custodia de seguridad. De ahí que en lo sucesivo prescindamos de toda referencia a la misma. Pasando a las medidas que no comportan privación de libertad, el sometimiento a tratamiento médico externo debe configurarse como una medida autónoma y no como una de las concreciones de la libertad vigilada y lo mismo cabe decir de la custodia familiar. Es opinión ampliamente extendida en la doctrina que debe desaparecer tanto del catálogo de las penas como de la previsión en cuanto sustitutiva de la pena de prisión la expulsión de extranjeros residentes ilegalmente en España, que no se ajusta a ninguno de los fines de penas y medidas, sirviendo sólo a políticas de orden público. En cuanto a la prohibición del ejercicio profesional y las privaciones del derecho a conducir y a portar armas, deben introducirse los cambios correspondientes en el catálogo de penas, para evitar coincidencias, si se quiere ser coherente con el dualismo que dice profesar el Anteproyecto.

#### IV. DE LA APLICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN Y DE SEGURIDAD

I. *Código penal vigente*: Artículos 97 a 108.

II. *Anteproyecto*: Artículo Único, Quincuagésimo a Sexagésimo cuarto.

III. *Propuesta*: Sustitución<sup>1</sup>. La regulación propuesta quedaría en estos términos:

---

<sup>1</sup> Mantenemos el esquema de los actuales artículos 101 a 104 CP, siguiendo por tanto el orden legal de las tres primeras eximentes del art. 20 CP, para abordar a

*Artículo 97: “Cuando el sujeto haya sido declarado exento de responsabilidad criminal, de conformidad con lo previsto en el n° 1 del artículo 20, podrá imponérsele, siempre que resulte necesario para prevenir la comisión de nuevos delitos por su parte, una medida de internamiento en centro psiquiátrico o en centro educativo especial, o bien alguna de las medidas no privativas de libertad. A los efectos de determinar la existencia de peligrosidad criminal el Juez o Tribunal podrá recabar cuantos informes estime convenientes, distintos de aquellos que sirvieron de base para declarar su inimputabilidad.*

*El Juez o Tribunal deberá fijar en la sentencia la duración máxima del internamiento en centro psiquiátrico, que no podrá superar los diez años, prorrogables, previa propuesta del Juez de Vigilancia y de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 103 por períodos de un año, hasta un máximo de quince. Si el internamiento lo fuere en centro educativo especial, su duración no podrá superar los cinco años, prorrogables por dos años más, previa propuesta del Juez de Vigilancia y de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 103”.*

*Artículo 98: “Cuando el sujeto haya sido declarado exento de responsabilidad criminal, de conformidad con lo previsto en el n° 2 del artículo 20, podrá imponérsele, siempre que resulte necesario para prevenir la comisión de nuevos delitos por su parte, una medida de internamiento en centro de deshabitación público o privado, o bien alguna de las medidas no privativas de libertad. A los efectos de determinar la existencia de peligrosidad criminal el Juez o Tribunal podrá recabar cuantos informes estime convenientes, distintos de aquellos que sirvieron de base para declarar su inimputabilidad.*

*El Juez o Tribunal deberá fijar en la sentencia la duración máxima del internamiento, que no podrá superar los dos años, prorrogables, a propuesta del Juez de Vigilancia, por un año más cuando, de acuerdo con los dictámenes emitidos por los profesionales responsables del centro, la prolongación del internamiento sea absolutamente necesaria para finalizar con éxito el tratamiento deshabitador”.*

*Artículo 99: “Cuando el sujeto haya sido declarado exento de responsabilidad criminal, de conformidad con lo previsto en el n° 3 del artículo 20, podrá imponérsele, siempre que resulte necesario para prevenir la comisión de nuevos delitos por su parte, una medida de internamiento en centro educativo especial, o bien alguna de las medidas no privativas de libertad. A los efectos de determinar la existencia de peligrosidad criminal el Juez o Tribunal*

---

continuación el tratamiento de la semiimputabilidad. Sigue el régimen de ejecución, y los específicos de la libertad vigilada y la inhabilitación profesional, para concluir con una regla relativa al quebrantamiento de las medidas.

podrá recabar cuantos informes estime convenientes, distintos de aquellos que sirvieron de base para declarar su inimputabilidad.

El Juez o Tribunal deberá fijar en la sentencia la duración máxima del internamiento, que no podrá superar los cinco años, prorrogables por dos años más, previa propuesta del Juez de Vigilancia y de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 103”.

Artículo 100: “En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º o 3º del artículo 20, además de la pena correspondiente, podrá imponerse, siempre que resulte necesario para prevenir la comisión de nuevos delitos, alguna de las medidas de seguridad expresadas en los artículos precedentes, bien entendido que los correspondientes internamientos tienen siempre carácter subsidiario frente a las medidas que no comporten privación de libertad. A los efectos de determinar la existencia de peligrosidad criminal el Juez o Tribunal podrá recabar cuantos informes estime convenientes, distintos de aquellos que sirvieron de base para declarar su semiimputabilidad.

El Juez o Tribunal deberá fijar en la sentencia la duración máxima de tales internamientos, que no podrá superar los límites respectivamente previstos para cada uno de ellos en los artículos precedentes”.

Artículo 101: “1. Cuando, de acuerdo con lo previsto en el artículo precedente, proceda la imposición tanto de una pena, como de una medida de corrección o de seguridad privativa de libertad, se ejecutará siempre en primer lugar la medida, cuya duración se descontará de la de la pena impuesta. Una vezalzada la medida, el Juez o Tribunal podrá suspender la ejecución del resto de la pena, si con ella se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la ejecución de la medida. En tal caso, cabrá imponer algunas de las cargas previstas con carácter general para la suspensión condicional de la pena.

2. Si la medida de internamiento en centro de deshabitación se impusiera junto a una de prisión superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrán acordar que se cumpla en primer lugar al menos un tercio de la pena y seguidamente la medida de seguridad. Una vezalzada la medida, el Juez o Tribunal podrá suspender la ejecución del resto de la pena en los términos previstos en el párrafo anterior.

3. Cuando concurra pena de prisión con alguna medida no privativa de libertad, el juez valorará la posibilidad de suspender la ejecución de aquella, incorporando el contenido de la medida en cuanto carga propia de la suspensión; en otro caso, las acumulará. Del mismo modo, valorará la posible sustitución de la pena por la medida o su necesaria acumulación en caso de que ni la pena ni la medida comporten privación de libertad. No podrá imponerse una medida privativa de libertad junto a una pena que no sea de prisión”.

*Artículo 102: "1. Cuando, en los supuestos previstos en los artículos 97, 98 o 99 de este Código, se imponga una medida de corrección o de seguridad privativa de libertad, podrá el Juez o Tribunal, una vez alcanzada la firmeza de la sentencia, suspender la ejecución del correspondiente internamiento por un plazo de dos a cinco años, sin que pueda rebasar el límite máximo fijado al internamiento en la sentencia. Cabrá, en tal caso, someter al imputado a alguna o algunas de las medidas que comprende la de libertad vigilada. Cumplidas éstas de manera satisfactoria y transcurrido el plazo establecido, se entenderá cumplida la medida de internamiento impuesta en la sentencia.*

*2. Asimismo, el Juez o Tribunal podrá, en cualquier momento durante la ejecución de la medida, verificar si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria su imposición y adoptar, previa propuesta del Juez de Vigilancia y de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 104, algunas de las siguientes resoluciones:*

*a) Decretar el cese de la medida cuando su ejecución no resulte ya necesaria o se cumpla el plazo máximo por el que se impuso. En este último caso, si la medida era privativa de libertad, podrá ejecutarse, por un período máximo de dos años, la medida de libertad vigilada impuesta junto a ella si sigue siendo necesaria para prevenir la peligrosidad criminal del sujeto*

*b) Mantener la ejecución medida de seguridad impuesta*

*c) Sustituir la medida de seguridad por otra que estime más adecuada de entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, pudiendo volver a ejecutarse la medida sustituida o bien optar por otra que pudiera resultar más adecuada*

*d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida, en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca de nuevo y, si se estima necesario, al cumplimiento de alguna de las obligaciones que comporta la medida de libertad vigilada. Si el sujeto comete un nuevo delito o incumple alguna de estas obligaciones impuestas, se revocará la suspensión, prosiguiendo la ejecución de la medida inicialmente impuesta, en tanto se dirime la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por este nuevo delito".*

*Artículo 103: "A los efectos previstos en el artículo anterior, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar, al menos anualmente, una propuesta de cese, mantenimiento, sustitución o suspensión de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta. En el caso de que la medida que se está ejecutando sea la de internamiento en un centro educativo especial, dicha propuesta se efectuará al final de cada curso o grado de enseñanza. Para formular la reiterada propuesta el Juez de vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan*

*al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.*

*Si se trata de una medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales a que se refiere el párrafo anterior los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del sujeto, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reiteración delictiva*

*En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a que se refieren los párrafos anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes”*

*Artículo 104: “1. La medida de libertad vigilada vendrá en consideración, dados los requisitos generales del artículo 95 de este Código, en cualquiera de los siguientes supuestos:*

*a) En los términos previsto en los artículos 97 a 100, cuando el sujeto sea declarado exento de responsabilidad criminal con arreglo a lo dispuesto en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20, o se aprecie en él una eximente incompleta del artículo 21.1, en relación con aquellos*

*b) Como carga o tarea durante el plazo de suspensión condicional de la medida privativa de libertad impuesta al inimputable, en los términos previstos en el número 1 del artículo 102 de este Código*

*c) Una vez extinguida, por cumplirse el plazo establecido, la medida de seguridad privativa de libertad impuesta al inimputable, siempre que hubiere sido acordado así en la sentencia y resulte necesaria para prevenir el peligro de comisión de nuevos delitos, en los términos previstos en el número 2, letra a), del artículo 102 de este Código*

*d) Como carga o tarea cuando se suspenda el cumplimiento del resto de una medida privativa de libertad en curso de ejecución, en los términos previstos en el párrafo segundo, letra d), del artículo 102 de este Código*

*e) Cuando se imponga junto una pena de prisión superior a tres años, en los casos expresamente previstos en el Libro Segundo de este Código<sup>2</sup>. A tal efecto, cuando esté próxima a cumplirse la pena de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, previo informe del Juez de Vigilancia Penitenciaria y recabando*

---

<sup>2</sup> Aunque debe ponderarse con más detenimiento, estos delitos podrían ser aquellos a los que el art. 101 del Anteproyecto reserva la custodia de seguridad: delitos contra la vida, integridad física, libertad, libertad o indemnidad sexual; tráfico de drogas que causen grave daño a la salud; delitos cometidos con violencia o intimidación en las personas, incluidos los patrimoniales; delitos contra la comunidad internacional; delitos de riesgo catastrófico o incendio y delitos de terrorismo.

los dictámenes que considere oportunos, decidirá sobre la persistencia de la peligrosidad criminal que determinó la imposición de la medida, prescindiendo, en caso negativo, de su ejecución. No cabrá ejecutar la medida cuando, en el momento del cumplimiento de la pena de prisión impuesta, el sujeto estuviera disfrutando de libertad condicional.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer al sujeto sometido a la medida de libertad vigilada, durante todo el tiempo de duración de la misma o durante un período de tiempo determinado, el cumplimiento de las siguientes obligaciones y condiciones:

1ª 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 sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

2ª Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando se trate de individuos de los que pueda sospecharse que pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. También se le podrá prohibir establecer relación, ofrecer empleo, facilitar formación o albergar a cualquiera de las personas mencionadas.

3ª 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.

4ª 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.

5ª Informar sin demora a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de sus cambios de residencia y de sus datos de localización.

6ª Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante los servicios de gestión de penas y medidas alternativas o el servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.

7ª 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.

8ª Prohibición de consumir alcohol, drogas tóxicas, sustancias estupeficientes o psicotrópicas, cuando existan razones que permitan suponer que aquél pueda incrementar el riesgo de comisión de nuevos delitos. En estos casos, se impondrá también 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.

9ª Llevar consigo y mantener en adecuado estado de conservación los dispositivos electrónicos que hubieran sido dispuestos para controlar los ho-

rarios en que acude a su lugar de residencia o, cuando resulte necesario, a los lugares en que se encuentra en determinados momentos o el cumplimiento de alguna de las medidas a que se refieren las reglas 1ª a 4ª.

10ª. 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.

3. La libertad vigilada tendrá una duración mínima de un año y una duración máxima de cinco. Cuando se imponga de acuerdo con lo previsto en la letra e) del apartado 1 de este mismo artículo, cabrá prorrogarla por un máximo de dos años, a propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, siempre que resulte necesario para prevenir la comisión de nuevos delitos.

4. Durante la ejecución de la medida, el Juez o Tribunal sentenciador podrá adoptar la correspondiente decisión relativa al cese, mantenimiento o sustitución de la medida, en los términos previstos en los artículos 103 y 104 de este Código. Podrá asimismo modificar las obligaciones y condiciones impuestas cuando resulte conveniente para facilitar el cumplimiento de los fines de la medida”

Artículo 105: “El Juez o Tribunal podrán imponer la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo, por un tiempo de uno a cinco años, cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio o en relación a él un hecho delictivo, y de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer delitos de la misma índole, siempre que no sea posible imponerle una pena con este contenido por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20”<sup>3</sup>

Artículo 106: “El quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar a que el Juez o Tribunal ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado.

Si se tratase de otras medidas, el juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento, si el quebrantamiento demostrase su necesidad.

---

<sup>3</sup> Debería valorarse la posibilidad de prescindir de la inhabilitación en el catálogo de las penas y hacer de ella siempre una medida, aplicable, por tanto, también junto a la pena correspondiente en caso de sujetos plenamente responsables que cometen el delito abusando del ejercicio del derecho, profesión, oficio, cargo, etc. Ello sería coherente con una apuesta dualista y acabaría con la duplicidad de contenidos entre penas privativas de derechos y medidas no privativas de libertad.

*No se considera quebrantamiento el incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas al imponer la medida de libertad vigilada. En este caso, habrá que estar a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 106 de este Código”.*

IV *Motivación*: Como se ha dicho más arriba, es preferible seguir el orden legal de las causas de inimputabilidad de los tres primeros números del artículo 20 CP y pasar después a la semiimputabilidad. Para los aquejados de anomalía psíquica, vendrá en consideración, siempre que sea necesario, y de forma subsidiaria a las medidas no privativas de libertad, un internamiento psiquiátrico o en centro educativo especial (piénsese en el caso de las oligofrenias agudas). Para los tóxicodependientes vendría en consideración, con las mismas salvedades, el internamiento en centro de deshabitación y para quienes padecen anomalías perceptivas, el internamiento en un centro educativo especial. De acuerdo con el nuevo modo de determinar la proporcionalidad de la medida, su límite no vendrá dado por el de la pena correspondiente al delito cometido, sino por la naturaleza misma de la medida. Así, se entiende que un internamiento psiquiátrico no deberá rebasar, con carácter general, los diez años, con las oportunas prórrogas anuales por un máximo de cinco años más. El tratamiento deshabitador en régimen cerrado tiene un horizonte temporal de posible éxito de unos dos años, dejando uno más de margen para culminarlo y el internamiento en centro educativo especial no debería prolongarse más de cinco o, en caso extremo, siete años. Obviamente, la imposición de la medida, de cualquier naturaleza que ella sea, supone la concurrencia de los presupuestos del art. 95 CP y, en lo que se refiere a la constatación de la peligrosidad criminal, aclara la regulación propuesta que no cabe hacerlo con la sola apelación a los dictámenes que han determinado la exclusión de responsabilidad penal por inimputabilidad.

El modelo vicarial regulado en el artículo 101 presenta alguna diferencia significativa en relación al del Anteproyecto. En primer lugar, la imputación de la duración de la medida a la de la pena impuesta tiene carácter pleno y no sólo parcial; se mantiene, sin embargo, la previsión del Anteproyecto en el sentido de dar preferencia a la prevención general cuando la medida de internamiento en centro de deshabitación concurre con pena de prisión superior a cinco años y se introduce una regla novedosa (tampoco la prevé el derecho positivo vigente) para

aquellos supuestos en que las penas o medidas concurrentes no comporten privación de libertad.

En cuanto a las incidencias en la ejecución de la medida, se antepone en la propuesta la posibilidad, desconocida por nuestro derecho positivo, pese a su extensión en el derecho comparado, de suspender la ejecución de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta, en términos paralelos a lo que sucede en el ámbito de la pena. Se simplifica ampliamente, frente al texto del Anteproyecto, la previsión de incidencias, añadiendo al cese de la medida por decaer la peligrosidad que la justificó, aquel otro cese obligado por el cumplimiento del máximo temporal fijado, pudiendo, en este último caso, completarse la medida ejecutada con la de libertad vigilada impuesta junto a ella, por un máximo de dos años, si sigue resultando necesaria. Procura evitarse el casuismo excesivo del Anteproyecto en lo que se refiere a la suspensión condicional del resto de medida por cumplir y la revocación del mismo. Finalmente, se reintroduce la exigencia de un procedimiento contradictorio para acordar cualquiera de las decisiones previstas, omitiendo, por incompatible con el fundamento de las medidas, la citación a las víctimas.

La medida de libertad vigilada se mantiene, pero con una propuesta de regulación muy simplificada en relación a la (amplísima, farragosa y reiterativa) recogida en el Anteproyecto. Así, en el número 1 del artículo 104 de nuestra propuesta, se aclaran los distintos supuestos en los que viene en consideración esta medida, manteniendo la posibilidad de acumularla a la pena en relación a conductas delictivas realizadas por sujetos plenamente responsables, condenados, por uno de los delitos que se determine, a penas de más de tres años de prisión. A estos efectos, se propone una relación de delitos próxima a la que el Anteproyecto prevé para la custodia de seguridad, muy reducida, sin embargo, frente a la propuesta que para la libertad vigilada contiene este mismo Anteproyecto, donde se prevé su imposición incluso en los casos de hurto: habrá que reducir drásticamente esta relación. Por otra parte, y frente a lo que sucede en el derecho vigente, la imposición de la libertad vigilada nunca será automática, esto es, con presunciones *iuris et de iure* de peligrosidad criminal, sino que ésta deberá venir acreditada en cada caso. En cuanto a su contenido, se mantiene básicamente el recogido en el número 1 del art. 104 bis del Anteproyecto (lo establecido en los números 2, 3 o 4 es

prescindible, por ocioso o reiterativo), pero prescindiendo de algunas condiciones allí recogidas: así, las de los números 8º, 9º, 10º, 13º y 14º, por constituir el contenido de otras medidas (del catálogo del artículo 96) que pueden ser impuestas junto a la libertad vigilada, la del número 12º, porque resulta dudosa una exigencia concebida en esos términos y el inciso final de la número 15º, porque basta con lo anteriormente establecido, dejando al arbitrio del juzgador la necesidad de recurrir a mecanismos telemáticos de control de las medidas previstas en los cuatro primeros números. Obviamente, la asunción consecuente de un modelo dualista de respuesta penal deberá llevar a suprimir algunas de las actuales penas privativas de derechos que, sin problema alguno, cabe caracterizar mejor como medidas; por ejemplo, las de prohibición de aproximación y de comunicación con la víctima. Junto a la referencia al marco temporal de la medida, cierra la propuesta una regla que busca la armonización entre las incidencias que puedan acaecer en el curso de la ejecución de esta medida y las que, con carácter general, traza el artículo 102, a diferencia de lo que sucede en el derecho positivo vigente.

En cuanto a la medida de inhabilitación, se mantiene pero con la salvedad indicada en la nota 3 y que acabamos de reiterar en relación a alguno de los contenidos de la libertad vigilada.

El Anteproyecto suprime, sin justificación alguna, la regla relativa al quebrantamiento de las medidas. En la propuesta presentada recuperamos el contenido del actual artículo 100 del Código penal, con alguna corrección, como la aclaración relativa al incumplimiento de las condiciones de la libertad vigilada y, muy especialmente, desaparece la regla que equipara quebrantamiento de penas y de medidas, entendiendo que también en este último caso, se incurre en un delito de quebrantamiento de condena, lo que resulta altamente discutible. De ahí la necesidad de modificar el art. 468 del Código Penal y limitar su alcance al quebrantamiento de penas<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> A lo sumo, cabría deducir testimonio por quebrantamiento de condena sólo en el caso de que la medida quebrantada fuera privativa de libertad e impuesta a un sujeto semiimputable, tal y como preveía la redacción original del Código Penal

## V. COMPLEMENTOS LEGISLATIVOS IMPRESCINDIBLES

Todo lo concerniente al régimen de ejecución de las medidas impuestas, y en particular —pero no sólo— 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”); en particular, faltan en el actual 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 tanto el Anteproyecto como esta propuesta alternativa.

Del mismo modo se hace necesario modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal 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. Habrá que abordar también la configuración de un “status” procesal específico del enfermo mental, valorando la posibilidad de finalización anticipada del procedimiento. Y habrá que modificar radicalmente las previsiones actuales para la inimputabilidad sobrevenida durante la tramitación de la causa (artículos 381 a 383 LECrim.) o mientras se cumple la pena impuesta (actual art. 60 CP), para hacerlos compatibles con este esquema regulativo de las medidas.

Obviamente, excede de nuestras posibilidades ofrecer aquí una propuesta detallada de estas ineludibles reformas procesales y de ejecución de medidas.

## 8.7. Medidas de seguridad

**JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR**

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Granada*

---

*Enmienda 1: Art. 95, 1, 3.*

*De modificación.*

*Se propone sustituir la expresión “compensar” por la de “prevenir”.*

### FUNDAMENTACIÓN

Lo que se “compensa” a través de la pena es la culpabilidad del autor. La peligrosidad del autor se “previene”.

*Enmienda 2: Art. 96, 2, 4*

*De supresión.*

*Se propone suprimir la medida de seguridad privativa de libertad de custodia de seguridad.*

### FUNDAMENTACIÓN

La cuestión aparece íntimamente vinculada al debate entre dos lógicas (o paradigmas): el paradigma (o la lógica) de la seguridad y el paradigma (o la lógica) de la libertad. El paradigma de la seguridad, basado en la previsión de cláusulas legales específicas que habilitan al Juez penal a imponer una privación de libertad de larga duración (sea en forma de pena o de medida de seguridad), persigue básicamente la efectiva y eficaz protección de la sociedad y de las víctimas frente a autores peligrosos. El paradigma de la libertad, por el contrario, basado en el principio de culpabilidad y en la pena como reparación y expresión normativa de reprobación, excluye el uso indiscriminado, generalizado y mecánico del Derecho Penal como instrumento de combate frente a conductas peligrosas futuras de los ciudadanos.

Sin embargo, un equilibrio razonable entre ambos paradigmas es perfectamente posible si se considera que la seguridad se puede conseguir también en libertad. En particular, la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO. 5/2010 introdujo en nuestra legislación penal una medida de seguridad absolutamente imprescindible (colmando así

una importante laguna) y perfectamente coherente con el sistema de doble vía (que se caracteriza por prever penas para autores culpables y medidas de seguridad para autores peligrosos, sean o no culpables). Esta medida de seguridad (la “libertad vigilada”) es la que hace absolutamente innecesaria la custodia e seguridad. Concretamente, si se generaliza la utilización de la libertad vigilada (para un mayor número de delitos) y se profundiza en su contenido (como se ha hecho en el Anteproyecto incrementando las medidas de control), resulta innecesario recurrir, además, a la custodia de seguridad, una medida de seguridad muy debatida, posiblemente desproporcionada y de dudosa constitucionalidad.

*Enmienda 3: Art. 98, 3, inciso final.*

*De adición.*

*Se propone añadir al inciso final la siguiente previsión: “El internamiento no podrá exceder, en ningún caso, de la duración de la pena prevista por la ley para el delito”.*

## FUNDAMENTACIÓN

Se trata de evitar que la medida de seguridad tenga una duración ilimitada. De este modo se daría cumplimiento a la previsión del art. 95, 2 en el que se establece que las medidas de seguridad deberán ser proporcionadas, no solo a la peligrosidad del autor, sino también a la gravedad del delito cometido.

*Enmienda 4: Art. 100, 3, inciso final*

*De modificación y adición.*

*Se propone sustituir la previsión según la cual*

*“Este periodo empezará a computarse desde el inicio del internamiento y podrá prorrogarse hasta el límite constituido por la duración de la pena de prisión que hubiese sido impuesta o un máximo de cinco años, cuando no se hubiese impuesto ninguna pena”*

*Por esta otra*

*“Este periodo empezará a computarse desde el inicio del internamiento y podrá prorrogarse hasta el límite constituido por la duración de la pena de prisión prevista por la ley para el delito”.*

## FUNDAMENTACIÓN

1. Se trata de evitar que la medida de seguridad tenga una duración desproporcionada a la gravedad del delito cometido. De este modo se daría cumplimiento a la previsión del art. 95, 2 en el que se

establece que las medidas de seguridad deberán ser proporcionadas, no solo a la peligrosidad del autor, sino también a la gravedad del delito cometido.

2. El límite de una medida de seguridad (que viene establecido por el principio de proporcionalidad) no puede ser nunca “el de la pena... que hubiese sido impuesta”, ya que ésta viene limitada por la culpabilidad del autor por el hecho.

*Enmienda 5: Art. 101*

*De supresión.*

*Se propone la supresión de la custodia de seguridad.*

## FUNDAMENTACIÓN

En coherencia con la enmienda al art. 96, 2, 4.

*Enmienda 6: Art. 102, 2*

*De supresión*

*Se propone suprimir el art. 102, 2*

## FUNDAMENTACIÓN

Por muy grave que sea la pena impuesta, si el reo sufre un trastorno mental grave, debe cumplirse en primer lugar, siempre y en todo caso, la medida de seguridad. El ingreso del reo en prisión antes de iniciar el tratamiento solo puede contribuir al agravamiento de su trastorno.

*Enmienda 7: Art. 102, 3*

*De supresión.*

*Se propone suprimir el art. 102, 3.*

## FUNDAMENTACIÓN

En coherencia con las enmiendas a los arts. 96, 2, 4 y 101.

*Enmienda 8: Art. 104, 1, a)*

*De supresión.*

*Se propone suprimir el requisito según el cual “La imposición de la medida de libertad vigilada esté prevista en la ley penal para el delito cometido”.*

## FUNDAMENTACIÓN

En coherencia con la enmienda al art. 101 (y concordantes), ya que la posibilidad de recurrir a la libertad vigilada debería generalizarse (por ejemplo, ninguna razón impide que se pueda condenar al autor reinci-

dente de delitos de hurto a que, como medida de libertad vigilada, se inscriba en las oficinas de empleo).

*Enmienda 9: Art. 104, 2 c)*

*De modificación.*

*Se propone sustituir la expresión “compensar” por la de “prevenir”.*

## FUNDAMENTACIÓN

Lo que se “compensa” a través de la pena es la culpabilidad del autor. La peligrosidad del autor se “previene”.

*Enmienda 10: Art. 104 ter, 2*

*De modificación y supresión.*

*Se propone la supresión de las letras a) y b) del art. 104 ter, 2.*

## FUNDAMENTACIÓN

En coherencia con la enmienda al art. 104, 1, a) y la propuesta de generalizar la posibilidad de recurrir a la medida de seguridad de libertad vigilada.

*Enmienda 11: Art. 106, 1*

*De adición.*

*Se propone añadir como inciso final al art. 106, 1 la siguiente previsión: “La duración de la libertad vigilada no podrá exceder en ningún caso de la duración de la pena prevista por la ley para el delito”.*

## FUNDAMENTACIÓN

Se trata de evitar que la medida de seguridad tenga una duración ilimitada. De este modo se daría cumplimiento a la previsión del art. 95, 2 en el que se establece que las medidas de seguridad deberán ser proporcionadas, no solo a la peligrosidad del autor, sino también a la gravedad del delito cometido.

# 9. DELITO DE ASESINATO: ARTS. 139, 140 Y 140 bis CP

ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS  
*Catedrático de Derecho Penal*  
*Universidad Autónoma de Madrid*

---

## *ART. 139 del Anteproyecto*

### I. TEXTO VIGENTE

Art. 139

*“Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

*1ª. Con alevosía.*

*2ª. Por precio, recompensa o promesa.*

*3ª. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido”.*

Art. 140

*“Cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años”.*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 139

*“1. Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

*1ª. Con alevosía.*

*2ª. Por precio, recompensa o promesa.*

*3ª. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.*

*4ª. Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.*

*2. Cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena en su mitad superior”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Mantener la redacción vigente de los arts. 139 y 140 CP.

### IV. MOTIVACIÓN

Se trata de una reforma completamente improvisada (de la que todavía no había noticia en la versión del Anteproyecto difundida el 16 de julio de 2012) y carente de cualquier explicación justificativa en la Exposición de Motivos que acompaña su versión actual.

En realidad, las dos modificaciones que, a través de la nueva redacción de este art. 139 CP, se pretende introducir en la regulación del delito de asesinato, carecen de fundamento:

1º) Por una parte, no está justificada la decisión de elevar el límite máximo de la pena de prisión prevista para el asesinato simple del art. 139.1 hasta los veinticinco años. De las estadísticas disponibles, a las que alude el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre este Anteproyecto, no se deduce que existan especiales necesidades preventivas que aconsejen un incremento del rigor punitivo en este supuesto. Tal decisión tampoco es coherente con lo dispuesto en el art. 36.1 CP (no afectado por este Anteproyecto), conforme al cual “la pena de prisión tendrá una duración (...) máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código”, pues en la sistemática del Código Penal, el asesinato no constituye per se uno de esos casos excepcionales o extraordinarios, sino nada más —y nada menos— que el más grave de los delitos ordinarios. El criterio de sancionar el asesinato “simple” con penas de quince a veinticinco años de prisión es además censurable por la extensión, inusual en el contexto del CP español, de tal marco penal, que, como ha señalado también el Consejo General del Poder Judicial, podría “hacer ilusoria la exigencia de la determinación de la pena en el precepto penal inherente al principio de legalidad penal”. Esto último resulta desde luego paradójico si se tiene en cuenta que uno de los principales objetivos de este Anteproyecto es, según se dice en su Exposición de Motivos, poner a disposición de la

Administración de Justicia “un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles”.

2º) Por otro lado, tampoco está justificada la introducción de una nueva circunstancia característica del asesinato consistente en que el hecho de matar se ejecute “para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”. Por lo pronto, es muy discutible que la concurrencia de tales propósitos o intenciones pueda dotar de un fundamento legítimo a esta circunstancia cualificativa del asesinato en un Derecho penal del hecho, acorde con los principios y garantías propios de nuestro Estado de Derecho. No está de más recordar tal circunstancia fue acogida por el legislador alemán de 1941, en pleno auge del Derecho penal de autor. Pero es que además existe un amplio consenso acerca de que la presencia de tales elementos subjetivos no es indicativa en todos los casos de la existencia de un homicidio de especial gravedad. Por ello, si se introdujera esta nueva modalidad de asesinato sería necesario establecer en el texto legal o, a través de su interpretación judicial, determinadas restricciones que, una vez producidas, terminarían en la práctica por hacer aplicable esta circunstancia allí donde ya cabe apreciar actualmente la de alevosía. A todas estas innecesarias complicaciones se añaden las que han llevado al Consejo Fiscal a aconsejar en su Informe la supresión de esta circunstancia: la dificultad que presenta la solución de los “delicados problemas concursales” que se suscitarían respecto del correspondiente delito facilitado o encubierto y la posibilidad de que en este aspecto se llegue a lesionar el principio non bis in ídem.

Debería mantenerse, por tanto, la regulación vigente del delito de asesinato mientras no se encuentre una formulación legal capaz de suscitar un consenso mayor. La que propone el Anteproyecto no cumple desde luego tal condición.

La mención en el apartado segundo de este art. 139 del Anteproyecto al “artículo anterior”, cuando sin duda lo que se pretende es hacer una referencia al apartado anterior, constituye un defecto técnico menor, pero en cualquier caso expresivo de la precipitación y la ligereza con la que se proyecta legislar en tan importante materia.

**ART. 140 del Anteproyecto****I. TEXTO VIGENTE**

*Sin precedente*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 140*

*1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

*1ª. 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.*

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

*3ª. Que del delito se hubiera cometido por quien perteneciere a una organización criminal.*

*2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 78.1.b y 78.2.b de este Código.*

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Supresión del precepto.*

**IV. MOTIVACIÓN**

La reforma del delito de asesinato en su conjunto y particularmente la que se quiere introducir con la nueva redacción de este art. 140 CP viene determinada por una decisión previa: la de establecer en nuestro Derecho la pena de cadena perpetua (eufemísticamente denominada “prisión permanente revisable”) y dotarle de un propio campo de aplicación. Por lo tanto la regulación propuesta tendría ya que decaer por el motivo de que dicha pena, en atención al conjunto de razones expuestas

en el lugar correspondiente, resulta innecesaria, inadecuada e ilegítima en nuestro Ordenamiento jurídico.

Con independencia de ello, también es criticable una regulación tan compleja, casuística e incoherente del asesinato como la que se establece en este Anteproyecto. A falta de una concepción general mínimamente consistente de este delito, resulta completamente arbitrario el criterio seguido para seleccionar las circunstancias que habrían de tener el efecto de cualificar el homicidio en asesinato, el de agravar la pena de prisión temporal o el de dar paso a la pena de cadena perpetua, en este tipo hiperagravado del art. 140.1 que no sólo carece nuevamente de explicación en la Exposición de Motivos, sino de cualquier precedente en nuestro Derecho.

La arbitrariedad y las incoherencias se extienden también al contenido concreto de las circunstancias previstas en el art. 140.1. Entre otras cosas, no es posible entender por qué se considera relevante para caracterizar como un hecho de extrema gravedad en todo caso precisamente que la edad de la víctima sea inferior a los dieciséis años, que la muerte sea “subsiguiente” (y no por ejemplo antecedente o acompañante) a un delito contra la libertad sexual o que el delito lo cometa un miembro de una organización criminal; máxime cuando se trata de circunstancias que, por lo demás, ni siquiera servirían por sí mismas para convertir un homicidio en asesinato.

Por su parte, la redacción del art. 140.2 adolece de una absoluta imprecisión que, como ha señalado también en su Informe el Consejo General del Poder Judicial, puede dar lugar a las más variadas interpretaciones y, con ello, a una situación de inseguridad jurídica, tanto más inaceptable dadas las gravísimas consecuencias a las que el precepto se refiere. Que esta referencia se haga erróneamente “a los artículos 78.1.b y 78.2.b de este Código” cuando se pretende hacer una remisión “a los apartados 1.b) y 2.b) del artículo 78 bis de este Código”, constituye un defecto más que viene a confirmar la lamentable precipitación e improvisación y el escaso rigor técnico con los que se ha redactado toda esta parte del Anteproyecto.

*ART. 140 bis del Anteproyecto***I. TEXTO VIGENTE**

*Sin precedente*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 140 bis:*

*A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.*

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Supresión del precepto*

**IV. MOTIVACIÓN**

La referencia de este precepto a los “delitos comprendidos en este Capítulo” es una nueva muestra del descuido con que se ha redactado esta parte del Anteproyecto.

Se trata evidentemente de un error técnico, puesto que el Título I del Libro II dedicado al homicidio y sus formas no está dividido en Capítulos. A causa de él, no es posible saber con certeza a qué delitos se ha pretendido que afecte la ampliación del alcance de la medida de libertad vigilada: si sólo a los asesinatos o también a los homicidios; si acaso además a la conspiración, la proposición o la provocación para cometerlos o, incluso, al homicidio imprudente o a la cooperación e inducción al suicidio.

Este error, sin embargo, es fruto de otro mucho más profundo: el de establecer una medida de libertad vigilada sucesiva al pleno cumplimiento de la pena impuesta por el delito cometido. Esta “medida de seguridad” debe ser suprimida y, en todo caso, no debería ampliarse su alcance a supuestos distintos de los inicialmente previstos.

*Notas críticas sobre los Arts. 139, 140 y 140 bis CP en el Anteproyecto de Reforma de 2012*

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

La reforma que el Anteproyecto se propone efectuar en la regulación del delito de asesinato está tan estrechamente vinculada a la introducción de la nueva pena de “prisión permanente revisable” que sólo se explica cabalmente en función de ella y queda en gran medida unida a su suerte.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto no deja lugar a dudas a este respecto. La escueta motivación que en su apartado VIII se dedica a justificar las innovaciones propuestas enlaza desde el comienzo ambas cuestiones: “La reforma —se nos dice— prevé la imposición de una pena de prisión permanente revisable para los asesinatos especialmente graves, que son ahora definidos en el artículo 140 del Código Penal”.

El propio apartado I de dicha Exposición de Motivos, al plantear los objetivos centrales del Anteproyecto, había destacado ya esa misma conexión: “la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia —se afirma— hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas” y la respuesta a tal “necesidad” se articula, en primer lugar a través, de “la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad”. Y sólo un poco después, en el apartado II, se indica cuáles serían los “supuestos de excepcional gravedad” en los que se estima “justificada” la “respuesta extraordinaria” que implica “la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente)”: entre ellos se citan en primer lugar, antes del homicidio del jefe del Estado, de su heredero o de jefes de Estado extranjeros y de los casos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad, los “asesinatos especialmente graves”.

No es necesario insistir aquí en los argumentos que sirven para impugnar la legitimidad de la pena de prisión perpetua en nuestro Derecho, ya sea en términos generales, ya sea en la versión que de ella ahora se proyecta establecer. En el marco de estas Jornadas esta cuestión ha tenido su foro de debate específico. En todo caso, me parece oportuno

decir en este punto, parafraseando a Arzt (*Die Delikte gegen das Leben*, ZStW 83 [1971], pp. 1 ss. [p. 11]), que no es que los redactores de este Anteproyecto hayan sentido la necesidad de introducir la prisión perpetua porque haya casos especialmente graves del asesinato, sino más bien a la inversa: precisamente porque habían tomado la decisión de introducir esa pena han querido asegurarle un campo propio de aplicación y, con ese propósito, han tratado de perfilar algunos supuestos de asesinato con tintes tan odiosos que prácticamente resultase indiscutible la justicia de su imposición.

El resultado de ello es una propuesta de regulación que, aparte de dar la impresión de ser fruto de una gran dosis de improvisación, termina por ofrecer una imagen puramente casuística y sumamente abigarrada del delito de asesinato. De acuerdo con ella, habría —en función de la pena respectivamente aplicable— nada menos que tres categorías diferentes de este delito: un asesinato “básico” u “ordinario” (el del nuevo apartado 1º del art. 139 AP), un asesinato agravado o cualificado (el del nuevo apartado 2º del art. 139 AP) y un asesinato hiperagravado o hipercualificado (el del nuevo art. 140 AP). La complejidad de la regulación proyectada se revela aún mayor si se toma en cuenta, por un lado, que la primera de esas formas de asesinato se presenta a su vez en cuatro (o cinco, si se computan diferenciadamente la intención de facilitar la comisión de otro delito y la de evitar su descubrimiento) modalidades distintas y, por otro, que son tres (o cuatro) los factores que determinarían la apreciación de la tercera. A todo ello se suma que caben distintas combinaciones de aquellas modalidades con estos factores y que, en algunos casos, puede resultar dudosa, desde la perspectiva del principio non bis in ídem, la admisibilidad de su apreciación conjunta: piénsese por ej. en la relación de la alevosía con la minoría de edad o la vulnerabilidad de la víctima; o en la de la intención de ocultar la comisión de un delito con el carácter subsiguiente del comportamiento homicida a la comisión de un delito contra la libertad sexual.

La complejidad de la regulación del delito de asesinato que el Anteproyecto pretende introducir contrasta con la tendencia a la simplificación que se observa en los más recientes movimientos de reforma de los delitos contra la vida en el Derecho comparado, en los que, por lo general, se plantea la existencia a lo sumo de tres marcos penales

diferenciados para los homicidios dolosos (se hace eco de esta orientación, aunque asumiéndola en un sentido muy discutible, el *Alternativ-Entwurf Leben [A-E Leben]* formulado por un importante grupo de penalistas alemanes, austriacos y suizos y publicado en GA 2008, pp. 193 ss. [198, 203 ss.]).

Es también manifiesto el contraste del criterio que sigue el Anteproyecto con la opción que no hace tanto tiempo, en 1995, tomó el legislador español en el sentido de reducir de un modo significativo el alcance del delito de asesinato. En este punto, lo más llamativo es probablemente la ausencia en la Exposición de Motivos de toda referencia a datos empíricos o a cualquier reflexión político-criminal, por no hablar de una concepción general sobre el significado y alcance del delito de asesinato en el conjunto de los delitos contra la vida, que sustente la decisión de desandar ahora el camino emprendido en 1995.

Sin un análisis empírico o dogmático mínimamente riguroso que muestre las carencias que aquejan la actual regulación, la confusa alusión a “la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia” y de poner a su disposición para ello “un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas” sólo se puede entender como una nueva edición del emotivo, socorrido y peligroso recurso al sentimiento popular de justicia cuando quien apela a tal sentimiento considera que el mismo ha sido desatendido por una defectuosa configuración del “sistema legal”. Nada de esto, por cierto, resulta desconocido en este contexto: también el legislador alemán de 1941 pretendió justificar una radical transformación del delito de asesinato con análogas apelaciones al sano sentimiento del pueblo.

Por lo demás, la mejor muestra de la improvisación antes señalada se encuentra en el hecho de que en la versión del Anteproyecto conocida antes del verano de 2012 no se previera más modificación en el Título I del Libro II que la extensión a los delitos de homicidio de la posibilidad de imponer la medida de libertad vigilada. De una manifiesta exigencia de justicia que impusiese modificar asimismo la definición del delito de asesinato, aumentar el límite máximo de su pena ordinaria o disponer la conminación de la pena de “prisión permanente revisable” para sus supuestos más graves no había entonces todavía noticia. Bien al contra-

rio: en la intención inicial del pre-legislador la pena de prisión perpetua habría de quedar exclusivamente reservada a “los casos más graves de delincuencia terrorista”, lo que, por cierto, se explicaba en la Exposición de Motivos de aquella primera versión del Anteproyecto con el siguiente argumento: “la valoración de la especial gravedad de delitos [sc. los de homicidio o asesinato terroristas] que, *además del extraordinario daño causado a la víctima, atentan contra el Estado y el orden constitucional*, justifica una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión”. Pasados los meses estivales, el sentimiento de justicia de los ciudadanos (o, más bien, el de los redactores del Anteproyecto que se arrojan el poder de interpretarlo) parece haber sufrido una súbita y profunda transformación.

## II. ACERCA DE LA NUEVA CONFIGURACIÓN GENERAL DEL DELITO DE ASESINATO EN EL ART. 139 DEL ANTEPROYECTO

La nueva redacción proyectada para el art. 139 contiene dos modificaciones con respecto a la regulación vigente. De ellas da cuenta la Exposición de Motivos del Anteproyecto en los siguientes términos: “Se revisa la definición de asesinato (no agravado), que pasa a incluir los supuestos en los que se causa la muerte de otro para facilitar la comisión de otro delito o evitar su descubrimiento. Y se amplía el marco penal dentro del cual los Tribunales deben fijar la pena justa, si bien se mantiene la imposición de la misma en su mitad superior en los casos de concurrencia de varias de las circunstancias que cualifican el asesinato”.

Las modificaciones así descritas, pero no motivadas, carecen en realidad de justificación y deben ser rechazadas.

1. Por lo que se refiere al aumento del marco penal, que supone elevar su límite máximo hasta los veinticinco años de duración, no hay razones que fundamenten sólidamente tal decisión.

En el voto particular formulado por varios vocales del Consejo General del Poder Judicial contra la decisión de la mayoría de no conside-

rar contraria a la Constitución la pena de prisión permanente revisable, se citan algunos datos estadísticos que permiten no sólo cuestionar la introducción de esa pena, sino también poner en cuestión que sea oportuno elevar la sanción (ordinaria) del delito de asesinato por encima del máximo actualmente previsto. Como allí se dice, la regulación vigente no ha impedido que la tasa de homicidios de España sea hasta ahora “de las más bajas de Europa”. Concretamente, la tasa de homicidios dolosos y asesinatos consumados por cada 100.000 habitantes fue en España en 2009 de 0,90, inferior a la de los restantes países europeos a excepción de Alemania (0,86) y de Austria (0,51); y todavía caería a 0,82 en 2011. Esos datos no indican que exista en nuestro país ni una degradación del valor concedido al valor de la vida humana, ni cualquier otra específica necesidad preventiva que aconseje un incremento de las sanciones penales dispuestas para su tutela. La reiterada apelación a la “justicia” de su endurecimiento parece obedecer por lo tanto más a un prejuicio, en el sentido etimológico del término, que a una decisión fundada en genuinas razones que, en cualquier caso, tampoco han sido aportadas.

No me parece dudoso que ese prejuicio es tributario a su vez del propósito de establecer la pena de prisión permanente revisable y de extender su ámbito de aplicación a algunos supuestos de asesinato. Una vez tomada esta decisión (según hemos visto, de forma muy precipitada), el trecho existente entre esa pena y la hasta ahora prevista para los casos “normales” de dicho delito se hubo de antojar excesivo al prelegislador, que, por ello, se apresuró a acortarlo. Así se muestra, de paso, que la introducción de la pena de prisión permanente conlleva un efecto de intensificación del rigor punitivo que no queda limitado a los casos a los que directamente se aplica. El establecimiento de una nueva pena máxima impulsará todo el sistema hacia un mayor rigor punitivo y ello, más temprano que tarde, se terminará traduciendo en una agravación generalizada de los marcos penales, así como de las penas impuestas y de las efectivamente cumplidas.

En relación con ello, cabe indicar asimismo que la decisión que aquí se critica no se concilia tampoco con lo dispuesto en el art. 36.1 CP (un precepto que de momento ha quedado al margen del ímpetu reformador del Anteproyecto), según el cual, “la pena de prisión tendrá una duración (...) máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan

otros preceptos del presente Código”. En la sistemática del CP, el asesinato no constituye per se uno de esos casos excepcionales, sino nada más —y nada menos— que el más grave de los supuestos ordinarios. Por ello, la modificación propuesta en relación con la pena prevista en el art. 139 CP, si finalmente se aprueba, obligará pronto a modificar correlativamente lo dispuesto en el art. 36.1 CP, para hacer explícita la intensificación punitiva que, respecto del sistema en su conjunto, la misma conlleva.

El criterio del AP de sancionar el asesinato “simple” con penas de quince a veinticinco años de prisión ha sido censurado por la extensión, inusual en el contexto del CP español, de tal marco penal. Así lo ha señalado el Consejo General del Poder Judicial en su Informe definitivo sobre el Anteproyecto, indicando que una extensión semejante podría “hacer ilusoria la exigencia de la determinación de la pena en el precepto penal inherente al principio de legalidad penal”. Se trata de una crítica que, sin ser en sí misma decisiva, tampoco es desdeñable en relación con una reforma que, según se proclama, tiene como uno de sus principales objetivos poner a disposición de la Administración de Justicia “un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles”.

2. Distintas consideraciones conducen también a rechazar la introducción como nueva circunstancia característica del asesinato que el hecho de matar se ejecute “para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”.

Tales consideraciones derivan, en parte, de las dudas que se han venido expresando acerca de que la concurrencia de cualquiera de esos propósitos nos sitúe sin más ante un caso tan grave del homicidio que merezca ser tratado como asesinato. Además de ello, razones de carácter sistemático se oponen asimismo a la ampliación del concepto y el alcance del delito de asesinato hasta ahora vigentes en nuestro Derecho mediante la simple adición de otras características cualificativas a las previamente existentes.

2.1. Por un lado, se ha puesto en duda que tenga un fundamento aceptable atribuir sin más la consideración de asesinato a un homicidio cometido con tales propósitos. Sin pretender agotar aquí esta cuestión, se harán a continuación algunas indicaciones, necesariamente muy bre-

ves, en relación con cada uno de los propósitos que se mencionan en el art. 139.1.4ª AP.

a) Si, en el caso de la intención de facilitar la comisión de otro delito, lo decisivo fuera un mayor contenido de injusto derivado de la conexión entre el homicidio y la otra infracción, la mayor o menor gravedad de ésta tendría que ser correspondientemente considerada. Como también habría de serlo la mayor o menor proximidad de la lesión del segundo bien jurídico y la mayor o menor idoneidad objetiva de la preparación o el intento para conseguir producirla. Independientemente de ello quedaría por explicar además el modo en que tales factores pueden justificar precisamente la calificación del hecho como asesinato y la intensificación de la pena que ello comporta. Y, de un modo más general todavía, se tendría que salir al paso de la fundamental objeción de que una agravación de la responsabilidad en atención al plan delictivo del autor podría ser valorada como absolutamente ilegítima, al suponer la anticipación del castigo de un hecho futuro, lo que vulnera el principio del hecho y es más propio de un Derecho penal de autor (así lo ha señalado recientemente, por ejemplo, PERALTA, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, 2012, p. 301).

Si, por el contrario, se ve el fundamento de esta cualificación en la “reprochabilidad” o en la “nulidad” de un motivo semejante o en la peligrosa infravaloración de la vida humana que expresa quien actúa movido por él, se habría de suscitar no sólo duda de si a tales elementos de la actitud interna puede corresponder un papel legítimo en el Derecho penal actual, sino también otras enojosas cuestiones, como es por ejemplo la de por qué ha de constituir precisamente un ilícito penal (un “delito”) el hecho que se pretende facilitar con la conducta homicida y no, por ejemplo e incluso con mayor razón, un ilícito administrativo o de cualquier otro carácter.

b) Análogas perplejidades provoca la intención de ocultar la comisión de otro delito como elemento característico del asesinato. Las distintas explicaciones que se han ensayado para tratar de dotar de un fundamento razonable a esta cualificación se encuentran expuestas también a objeciones de mucho calado.

De un lado, el entendimiento de dicho propósito como un caso particular de móvil abyecto o reprochable se enfrentaría, aparte de a las cuestiones de principio anteriormente aludidas, al dato de que el auto-encubrimiento es considerado en general, también desde un punto de vista normativo, como un motivo comprensible y en sí mismo no censurable.

De otro lado, como ha señalado Neumann, parece aquí todavía menos plausible que en el caso anterior que la ratio de la cualificación se encuentre en la conexión entre el injusto del delito contra la vida y un contenido de injusto adicional, relacionado en este supuesto con la afectación del interés público o estatal en la persecución del delito precedente. Pues, aparte de que con ello se pueda producir alguna fricción con la valoración que en general corresponde al auto-encubrimiento, no se entiende fácilmente que la combinación de la destrucción dolosa de una vida humana con un atentado a la Administración de Justicia haya de tener precisamente como consecuencia la conversión del homicidio en asesinato (así NK-Neumann, 3ª ed., § 211, núm. marg. 97).

Tampoco parece estar exenta de complicaciones, no obstante, la propuesta del propio Neumann (semejante a la del AE-Leben de 2008), que apela a la necesidad preventiva de una mayor protección de la vida cuando ésta se encuentra en una situación especialmente peligrosa, como es la que, a su juicio, tiene su origen en la tentación del autor de la infracción precedente de eludir su responsabilidad aun al precio de la muerte de otra persona. Esta interpretación, al igual que por cierto sucede con las dos anteriores, no explica satisfactoriamente, entre otras cosas, por qué es solo la intención de ocultar el delito y no también la de huir simplemente o la de evitar de otro modo la aprehensión, sin ocultamiento alguno, de sus responsables la que da paso a la cualificación del homicidio en asesinato (la afirmación del AE-Leben, GA 2008, p. 236, de que en esos otros casos bastaría con la larga privación de libertad que corresponde ya al tratamiento no agravado de la producción de la muerte no aclara por qué no podría suceder exactamente lo mismo en los casos en los que el propósito es de genuina ocultación).

2.2. Por lo demás, existe un amplio consenso, incluso entre quienes encuentran algún fundamento a la cualificación que estamos considerando, en que ni la intención de facilitar la comisión de otro delito, ni

la de ocultarlo son por sí solas suficientemente indicativas de que nos hallemos ante supuestos en los que la causación dolosa de una muerte tenga tal gravedad que justifique su calificación como asesinato. Por ello, en el Derecho alemán, se han ido proponiendo diferentes restricciones que, curiosamente, acaban mostrando un fuerte parecido con otras que se vienen ya practicando o postulando, al menos, tanto aquí como en Alemania, en relación con la circunstancia cualificativa de alevosía: así, por ejemplo, la de que el hecho en su conjunto no responda a una singular relación de conflicto entre el autor y la víctima, la de que exista una significativa cesura entre el hecho precedente que se trata de ocultar y la producción de la muerte o la de que medie una especial deliberación o planificación de la conducta homicida con respecto al delito cuya comisión se quiera facilitar.

A la vista de ello, la introducción esta nueva modalidad de asesinato prevista en la circ. 4ª del art. 139.1 AP resulta también muy discutible desde una perspectiva sistemática que tome asimismo en cuenta el alcance que tiene el concepto de asesinato en el Derecho vigente. Y ello por la sencilla razón de que los supuestos en los que se tiende a considerar, una vez efectuada alguna de las restricciones anteriormente apuntadas, que la intención de facilitar o de ocultar la comisión de otro delito dota a la conducta homicida de una especial gravedad muestran de un modo muy general aquellas características que permiten considerarlos como asesinatos cualificados por la concurrencia de alevosía.

Es altamente significativo, por otra parte, que el Consejo Fiscal, en su Informe sobre el Anteproyecto, se haya manifestado también en contra de la introducción de esta nueva modalidad de asesinato. Ciertamente, las razones que expresa para sugerir su supresión son diferentes de las hasta aquí consideradas, puesto que se basan en la previsión de que “suscitará delicados problemas concursales de difícil resolución a la hora de calificar el delito facilitado o encubierto y podría incluso lesionar el principio *non bis in ídem*”. Pero no cabe duda de que estas dificultades tendrían para el Consejo Fiscal una importancia menor si apreciase un fundamento suficientemente sólido para la existencia de esta nueva modalidad del asesinato.

2.3. Nada de lo expuesto anteriormente quiere decir que considere perfecta e inmutable la actual regulación de este delito. Ciertamente no es la mejor que quepa imaginar: basta mencionar a título de ejemplo las dificultades que suscita la interpretación de la circunstancia de alevosía, que es fuente de grave inseguridad en su aplicación práctica. Y tampoco es, desde luego, la única posible, como pone de manifiesto ya una simple ojeada a los diversos modelos que ofrece a ese respecto el Derecho comparado. Tales modelos son, en efecto, como han señalado por ejemplo Torío y Sanz Morán, muy variados y difieren ampliamente, no sólo en lo que respecta atinente a los elementos de la definición de los delitos de homicidio y asesinato (o, donde falta un delito que reciba este nombre, de las formas más o menos graves del homicidio), sino también en lo relativo a la relación estructural entre ellos y de un modo muy principal en lo que afecta a la decisiva cuestión de si, como ha sido usual hasta ahora en el Derecho continental europeo, es el homicidio el tipo básico y el asesinato un tipo cualificado o, como se propone cada vez con mayor insistencia, es el asesinato el tipo básico y el homicidio un tipo privilegiado de aquél.

No obstante, la identificación de los factores de los que depende la gravedad tan diferente en que se pueden presentar estos delitos, que como ya advirtiera Fletcher abarca en los homicidios un espectro mucho más amplio que en cualquier otra clase de infracciones penales, así como su plasmación en una fórmula legislativa precisa, no son tareas que quepa resolver simple y llanamente por un procedimiento de tanteo, poniendo o quitando circunstancias cualificativas a este delito.

Para obtener una formulación legal que responda adecuadamente a la dificultad del problema y con la que se pueda alcanzar la estabilidad que, más que deseable, es exigible en la regulación de tan delicada materia en un Código penal, se requiere una reflexión sosegada y profunda sobre los principios que han de orientar la distinción del homicidio y el asesinato o, dicho de un modo más neutro, la diferenciación de las diversas formas del homicidio doloso.

No voy a ocultar mi propio punto de vista sobre esta cuestión: a mi juicio, la forma más grave del homicidio (el asesinato, si así se quiere llamar) es la que se presenta fundamentalmente en los casos en los que su autor tiene una especial responsabilidad en relación con el contexto

en que se realiza el delito y también (como sucede en el supuesto de ensañamiento) cuando al desvalor de la producción de la muerte se añade otro contenido extremadamente disvalioso, estrecha y específicamente conectado a su causación (un esbozo de interpretación del vigente art. 139 CP en este sentido se puede ver en mi contribución a F. Molina Fernández [coord.], *Memento Práctico Penal, Francis Lefebvre*, 2011, p. 620 [núm. marg. 7034]).

Sin embargo, no propondré aquí la redacción alternativa que personalmente consideraría preferible, sino que se mantenga la configuración del asesinato del Derecho vigente hasta que, tras la discusión que seguramente a partir de ahora se reavivará, se disponga de una fórmula capaz de generar un grado de consenso mayor. En cualquier caso es claro, por las razones ya expuestas y por las que todavía se expresarán a continuación, que la acogida por el Anteproyecto no cumple, desde luego, tal condición.

2.4. Por el mismo motivo propondré también, en principio, que no se altere la redacción del vigente art. 140 CP respecto del asesinato doblemente cualificado.

No obstante, a la vista de las perplejidades a que da lugar la interpretación de este precepto (que habrían de aumentar si se introdujera la circunstancia cualificativa prevista en el art. 139.1.4ª AP), someto a la consideración general y como una contribución parcial a ese debate tan necesario sobre la configuración del delito de asesinato, una redacción alternativa, en la que se haría explícito que la agravación se refiere a aquellos casos en los que, tratándose de un hecho susceptible ya de ser calificado como asesinato en atención al contexto en que se realiza la acción de matar (por alevosía o por precio, recompensa o promesa o, si así finalmente se decidiera, por el propósito de facilitar u ocultar la comisión de otro delito), concurre también la circunstancia de ensañamiento (me remito de nuevo a mi planteamiento a este respecto en *Memento Penal* 2011, cit.. pp. 633 s. [núms. margs. 7105 y 7107]). El texto más adecuado podría ser el siguiente:

*“Cuando en un asesinato cualificado por alevosía o por precio recompensa o promesa concorra el ensañamiento definido en la circunstancia tercera del artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años”.*

Por último, no debo dejar de reseñar un defecto menor, pero claramente expresivo de la precipitación y el escaso rigor con que los se ha procedido en la redacción del Anteproyecto. Como oportunamente ha señalado el Informe del Consejo Fiscal, en el segundo apartado del art. 139 AP se mantiene literalmente el texto del art. 140 CP, que lógicamente se refiere al “artículo anterior”. En la nueva ordenación sistemática del Anteproyecto, lo adecuado sería evidentemente una remisión al “apartado anterior”.

### III. ACERCA DEL ASESINATO HIPERAGRAVADO DEL ART. 140 DEL ANTEPROYECTO

1. El Informe del Consejo Fiscal advierte “una clara incongruencia sistemática en el hecho de que el proyectado artículo 140.1 recoja tres circunstancias agravatorias de la figura especial del asesinato que, sin embargo, no figuran como agravantes específicas del delito base de homicidio, por lo que, caso de concurrir en la ejecución de un delito de homicidio común su influencia en la determinación de la pena quedaría condicionada a su eventual subsunción en alguna de las circunstancias agravantes genéricas previstas en el art. 22 CP —v.gr. el abuso de superioridad, cuando la víctima es especialmente vulnerable— o en su caso a su consideración como un elemento a valorar en el proceso de individualización de la pena conforme a los parámetros establecidos en el art. 66 CP”. Y, para resaltar la magnitud de la contradicción sistemática denunciada, seguidamente se añade en dicho Informe: “se consuma así la paradoja de que al que mata dolosamente no le son aplicables las cualificaciones del art. 140.1 si en la ejecución del hecho no ha incurrido en alguna de las modalidades típicas del asesinato previstas en el art. 139 CP”.

Estas observaciones son hasta aquí fundamentalmente correctas. No parece en cambio tan acertada la solución que, para superar tal “deficiencia sistemática”, plantea el propio Consejo Fiscal cuando sugiere que la misma sea “solventada en ulteriores trámites del Anteproyecto” haciendo “que las circunstancias cualificadoras que se introducen en sede de asesinato por medio del art. 140.1 sean previstas igualmente como

agravantes específicas del delito de homicidio del art. 138 CP, aunque no con el efecto de aplicar la pena de prisión perpetua revisable, como se hace en el asesinato, sino de exasperar la pena de prisión prevista en el art. 138 mediante su aplicación en su mitad superior, o, si se estima pertinente, mediante la previsión de su elevación, obligatoria o facultativamente, en un grado”.

En realidad, el defecto señalado es más grave y no puede tener un adecuado remedio en la forma que propone el Consejo Fiscal. La raíz del problema se encuentra de nuevo en el deseo de procurar a la pena de “prisión permanente revisable” un campo de aplicación que, por sus implicaciones emotivas o sentimentales, pudiese parecer aceptable. Desde tal perspectiva, no se le ha ocurrido nada mejor al pre-legislador que reservar a tal efecto, como factores decisivos para provocar la hiperagravación pretendida, supuestos que en el imaginario colectivo y, particularmente, en los medios de comunicación se presentan como crímenes especialmente odiosos: las muertes de niños o ancianos o de otras personas especialmente desvalidas; las que se producen en el entorno de la comisión de delitos contra la libertad sexual; las relacionadas con el crimen organizado; o las cometidas por “*serial killers*”. No es descartable que se tuviesen in mente algunos acontecimientos, fuertemente agitados por los *mass media* en los meses que precedieron a la redacción del Anteproyecto.

Esta estrategia, claramente orientada al intento de legitimación de la pena de prisión perpetua, genera sin embargo, en la línea que apunta el Informe del Consejo Fiscal, la paradoja de que circunstancias que se presumen como tan sumamente odiosas, no tengan sin embargo, al proyectarse sobre un simple homicidio, otro efecto que el de una agravante genérica y, en ocasiones, ni eso siquiera. La incongruencia sistemática se percibe, sin embargo, en toda su dimensión si se toma en cuenta además la diversa influencia en el quantum de la pena que despliegan las circunstancias cualificativas del asesinato y las del tipo de asesinato superagravado del art. 140 AP: las primeras sólo aumentan relativamente la pena del homicidio (hasta en diez años); las segundas dan paso (aunque sólo si se suman a alguna de aquéllas) a una pena absoluta, potencialmente perpetua.

Todo esto es demostrativo de la ausencia de una concepción globalmente consistente, que ha sido sacrificada, con un patente oportunismo, a esa pretensión de dotar de una apariencia de legitimidad a la pena de prisión permanente. A falta de un concepto general que inspire la reforma del delito de asesinato, la decisión acerca de qué circunstancias habrían de tener uno u otro efecto es en cualquier caso arbitraria y, como prácticamente todos los demás aspectos de esta reforma, carece de cualquier explicación en la Exposición de Motivos del Anteproyecto.

2. La arbitrariedad y las incongruencias no acaban ahí, sino que se extienden a la concreta **formulación de las circunstancias previstas en el apartado primero del art. 140 AP.**

a) En relación con la primera de ellas (la de *“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”*) tanto el Consejo Fiscal como el Consejo General del Poder Judicial han observado, respectivamente, una “disparidad de criterio” o “discordancia” entre la edad de dieciséis años en que se pretende situar la especial protección del menor en el caso del asesinato y la de trece años que opera en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y sugieren que, salvo que se indique la existencia de alguna razón que justifique tal diferencia, se debería seguir un criterio homogéneo y atender en ambos casos al límite de los trece años.

Con ello no se capta del todo la magnitud del problema, pues, aunque en los delitos sexuales la protección más intensa llegase también hasta los dieciséis años o se produjera una igualación a la inversa en los trece años edad, seguiría siendo criticable el automatismo con el que el Anteproyecto pretende identificar un caso especial gravedad del asesinato simplemente en atención a la edad de la víctima. Para que se comprenda a lo que me refiero bastaría pensar en los casos que en la literatura alemana se denominan como “suicidio extendido” o “ampliado” (*“erweiterter Suizid”*). O en aquellos otros que en nuestro Código penal anterior se calificaban como infanticidios: aquí la conjunción de la “construcción jurisprudencial” de la alevosía por objetiva indefensión o desvalimiento de la víctima con la especial protección del menor como tal podría hacer que hechos que hasta hace menos de veinte años se cas-

tigaban con una pena de seis años de prisión, como máximo, se pasasen a sancionar ahora automáticamente con la pena de prisión permanente. Es verdad que cabe imaginar distintos remedios para que eso finalmente no ocurra (por ejemplo, interpretar restrictivamente la circunstancia de alevosía, desechar la aplicación conjunta de tal circunstancia con la de la minoría de edad o especial desvalimiento para no vulnerar el principio *ne bis in ídem* —como sugiere el propio Consejo General del Poder Judicial en su Informe—, aplicar circunstancias atenuantes muy calificadas o eximentes incompletas que corrijan, parcialmente, ese rigor punitivo). Pero los ejemplos mencionados y otros más que cabría citar vienen a poner en cuestión que la condición de objetivo desvalimiento de la víctima sea un indicador infalible de la existencia de un asesinato de la máxima gravedad.

b) También la segunda circunstancia (la de ***“que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima”***) provoca alguna perplejidad, pues, aparte de suscitarse parecidas cuestiones acerca de la posibilidad de apreciación cumulativa de la circunstancia en cuestión con la de actuar “para ocultar la comisión de otro delito” y, de un modo más general, con la de alevosía, no se comprende fácilmente por qué, en el contexto de la ejecución de un delito contra la libertad, se considera de especial gravedad la producción de la muerte de la víctima de dicho delito que es “subsiguiente” a su comisión y no la que es antecedente (para satisfacer el deseo sexual con el cadáver, necrofilia) o simultánea a la misma (por ejemplo para encontrar satisfacción sexual con la propia conducta homicida o facilitar la agresión sexual), supuestos todos ellos que se suelen equiparar en aquellos ordenamientos que atienden a tales factores en la configuración del delito de asesinato.

c) La tercera circunstancia (la de ***“que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a una organización criminal”***) es todavía más problemática.

Su redacción literal nos sitúa ante un delito complejo de asesinato y pertenencia a organización criminal del art. 570 bis CP (no, en cambio, de pertenencia a grupo criminal del art. 570 ter CP, como supone en su Informe el Consejo General del Poder Judicial), con la consecuencia de

que dicha figura agravada de homicidio habría de desplazar en todo caso por especialidad las infracciones penales que se conjugarían en esa definición legal. Esto en sí mismo no constituye un problema. El problema estriba más bien en explicar cómo la mera pertenencia a una organización criminal, esto es, una infracción susceptible de ser sancionada, en principio, conforme al art. 570 bis CP con penas de prisión de uno a dos años o de dos a cinco años, según la gravedad de los delitos que tuviese por objeto cometer la organización, podría justificar el extraordinario salto punitivo que va desde una pena temporal de prisión hasta la pena de prisión permanente.

Parecen operar aquí oscuras consideraciones preventivo-especiales que, aparte de estar apoyadas sobre bases muy débiles, resultarían adecuadas a un modelo de Derecho penal de autor, como el del llamado “Derecho penal del enemigo”, pero no a un Derecho penal del hecho, que es el único compatible con un Estado democrático de Derecho. Y hay que observar además que, aunque nada de esto sería suficiente a mi juicio para legitimar una agravación semejante, la formulación literal del art. 140.1.c) AP ni siquiera requiere que la organización tenga como finalidad la comisión de delitos particularmente graves y violentos, ni que el asesinato se haya cometido en estrecha conexión con ese objeto, sino tan sólo la pertenencia de su autor a cualquier organización criminal. Se aprecia en esto último además una falta de concordancia entre dicha formulación y la Exposición de Motivos del Anteproyecto, que refiere esta agravación a los supuestos de “*asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal*” y no sólo por uno de sus integrantes.

3. Una discordancia más grave entre motivación y tenor literal del correspondiente precepto se observa en el caso del **art. 140.2 AP**. Mientras que la Exposición de Motivos se refiere a los “*asesinatos reiterados o cometidos en serie*”, el apartado segundo del art. 140 dispone la imposición de una pena de prisión permanente revisable “*al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas*”.

El Consejo General del Poder Judicial advierte en su Informe que este artículo “adolece de una imprecisión que debería ser corregida, pues los términos en los que aparece redactado dan lugar a diversas interpretaciones” y considera, que de ellas, la más adecuada sería aquella que li-

mitase su alcance a un supuesto especialmente agravado por el concurso de, al menos, tres delitos de asesinato ordinarios (del art. 139 AP), pues “parece que en atención a la gravedad de la pena y el especial agravamiento del régimen de cumplimiento que establece, debería entenderse que cada una de las condenas por la muerte de las distintas personas deberán ser, individualmente, un asesinato y que las condenas por las diversas muertes, han de establecerse en la misma sentencia”. El Informe del Poder Judicial reconoce que “la redacción del precepto permite otras interpretaciones (“como por ejemplo que bastaría que solo una de las muertes sea asesinato”), pero las descarta con el argumento de que “que resultarían desproporcionadas con la excepcional pena que establece” y exige finalmente que la redacción del precepto sea en todo caso más precisa.

Puestos a entender que nos hallamos aquí ante un caso más de hiperagravación del delito de asesinato, el hecho de que se haya utilizado en la redacción del precepto el tiempo verbal del pretérito pluscuamperfecto de subjuntivo permitiría llevar su interpretación aún más allá de lo que el informe citado supone, para abarcar incluso los casos en los que un reo de asesinato “hubiera sido condenado” previamente, esto es, en una o varias sentencias anteriores, “por la muerte de más de dos personas”. Con tal interpretación, nos hallaríamos aquí ante hipótesis de (multi-)reincidencia, en las que, en contra de lo señalado en el apartado VI de la Exposición de Motivos del Anteproyecto la pena no se encuentra sólo en función de la culpabilidad, sino también de la peligrosidad real o supuesta del sujeto al que se impone.

Tanto el citado Informe del Consejo General del Poder Judicial como el del Consejo Fiscal señalan también el error que se ha deslizado en el segundo inciso de este mismo cuando en él se dice que “en este caso, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 78.1.b y 78.2.b de este Código”, cuando es claro que se ha pretendido efectuar la remisión a lo establecido en los preceptos que, en caso de aprobarse el Anteproyecto, pasarían a ser los nuevos apartados 1.b) y 2.b) de su artículo 78 bis.

Ni el Consejo General del Poder Judicial ni el Consejo Fiscal han llamado la atención sobre el hecho de que el régimen contenido en estos preceptos y el del apartado segundo del art. 140 no casan muy bien si nos atenemos al entendimiento que a éste último se le ha dado hasta

aquí. El citado art. 78 bis 1.b) se refiere a las condiciones (periodo de seguridad) que han de darse para que se pueda conceder la progresión a tercer grado “cuando el penado lo haya sido por varios delitos y *dos o más de ellos estén castigados con una (pena) de prisión permanente revisable*”: en tal caso se requiere el cumplimiento de un mínimo de veintidós años de prisión. El art. 78 bis 2.b), por su parte, dispone que en ese mismo supuesto, para acceder a la suspensión de la ejecución del resto de la pena “se requerirá que el penado haya extinguido (...) un mínimo de treinta años de prisión”.

Según la interpretación seguida hasta aquí, la remisión que el art. 140.2, inciso segundo, efectúa a los apartados 1.b) y 2.b) del art. 78 bis tendría el sentido de extender el severo régimen de cumplimiento que en ellos se dispone a un caso distinto del allí inicialmente contemplado: a un supuesto en el que el sujeto no ha sido condenado por dos o más delitos sancionados separadamente cada uno con una pena de prisión permanente revisable, sino en el que se le aplica una pena conjunta de prisión permanente por la reiteración de varios delitos contra la vida que en principio —esto es, aisladamente considerados— se habrían debido sancionar exclusivamente con penas de prisión de carácter temporal.

Tal conclusión sólo podría ser evitada realizando una interpretación completamente distinta del sentido del apartado segundo del art. 140, conforme a la cual lo que en él se vendría a ordenar sería la fusión en una sola pena de prisión permanente, aunque sometida al riguroso régimen del art. 78 bis 1.b) y 2.b), de una pluralidad de penas de esta naturaleza que fuesen impuestas conforme a lo dispuesto en el art. 140.1. Para ello es necesario suponer, ciertamente, que en la redacción de este precepto se habría deslizado un error adicional: el de decir “más de dos” cuando se habría querido decir, como se dice por cierto en el art. 78 bis 1.b) al que aquel se remite, “dos o más”. Pero, ¿puede producir mucha extrañeza que se haya deslizado otro error en un texto tan plagado de ellos?

#### IV. ACERCA DEL ART. 140 BIS AP

La referencia que en el art. 140 bis AP se hace a los “delitos comprendidos en este Capítulo” es una nueva muestra del irritante descuido

con que se ha redactado este Anteproyecto. Como se señala en el Informe del Consejo Fiscal tal referencia obviamente es incorrecta porque el Título I del Libro II dedicado al homicidio y sus formas no está dividido en Capítulos. A qué delitos se ha pretendido que afecte la extensión de la medida de libertad vigilada que este precepto establece —si sólo a los asesinatos o también a los homicidios y acaso a la conspiración, la proposición o la provocación para cometerlos y hasta al homicidio imprudente y a la cooperación e inducción al suicidio— es imposible saberlo.

A diferencia del Consejo Fiscal, que sugiere que todo ello se aclare en una nueva redacción del Anteproyecto, el autor de estas páginas preferiría no tener que saberlo y que se suprimiera sin más el precepto, para que no se siga retrocediendo desde el Derecho penal de las libertades al Derecho penal de la seguridad y de éste ahora al Derecho penal del aseguramiento por un camino que, de momento, tiene sus hitos principales en las “medidas” de libertad vigilada y custodia de seguridad y en la pena de cadena perpetua.

# 10. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA

## 10.1. Delitos de lesiones: Art. 147 CP

ANA GALDEANO SANTAMARÍA  
Fiscal. Profesora Asociada  
Universidad Carlos III de Madrid

---

### *ART. 147 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 147

1. *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.*

*Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código.*

2. *No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 147

1. *El que, por cualquier medio procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años.*

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de un mes a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

#### Art. 147

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de dos a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

Cuando la lesión requiera para su sanidad solo una primera asistencia facultativa se impondrá siempre la pena de multa inferior a dos meses.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa inferior a un mes.

4. Los delitos previstos en el apartado anterior y en el apartado segundo, cuando el resultado lesivo no requiera más de una primera asistencia médica, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo en los supuestos previstos en el artículo 153 de este Código.

Cuando la víctima sea menor de edad, o persona con discapacidad, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal<sup>5</sup>.

#### IV. MOTIVACIÓN

1º Acudir al arbitrio judicial para determinar la naturaleza de las lesiones (menos graves y leves), atenta contra los principios de seguridad jurídica, taxatividad y, por ende, de legalidad.

Tal y como se configura este artículo, el arbitrio judicial no se aplicará para determinar la pena sino para fijar la naturaleza del delito; sin embargo, se trata ésta de una facultad que corresponde exclusivamente al Legislador y no al Juez, en aplicación del principio de reserva de Ley.

2º El artículo 147.2, redactado como un subtipo y con carácter excepcional (“no obstante...”), resultará ser en la práctica el tipo de aplicación genérica. Ahora, además de los excepcionales supuestos del actual 147.2, se incluyen todas las faltas de lesiones con resultado lesivo (las actuales faltas del art. 617.1) y todos los casos que el arbitrio judicial considere que debe encuadrarse en este subtipo y no en el artículo 147.1.

3º. La consideración del artículo 147.2 como delito leve, exige que sea enjuiciado en un Juicio de Faltas a pesar de comprender la pena por este delito un tramo que corresponde a penas menos graves y otro a penas leves (de seis meses de prisión a un mes de multa). Así lo dispone la Disposición Transitoria Cuarta: “Del mismo modo, la instrucción y enjuiciamiento de dichos delitos leves (expresamente se menciona el art. 147.2) se sustanciarán conforme el procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, *cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario*”. El enjuiciamiento por este procedimiento plantea muchos problemas de legalidad ordinaria así como constitucionales:

a) ¿Quién va adaptar el procedimiento de faltas al Código Penal?, y ¿cómo se va a adaptar?; se trata de cuestiones que, dependiendo de la respuesta que se le dé, pueden afectar directamente al principio de legalidad.

b) El Juicio de Faltas puede celebrarse sin Letrado. La imposición de penas de prisión hasta de 6 meses, en sentencias precedidas de procedimientos donde el penado no ha tenido asistencia letrada, ataca directamente el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24 de la CE.

c) El Juicio de Faltas se caracteriza por la ausencia de instrucción o una mínima instrucción. Los múltiples supuestos que ahora se reconducen al art. 147.2 (pues no estamos hablando ahora de las actuales faltas del 617.1, sino también de los actuales delitos del 147.2 y de todos aquellos que en el futuro considere el arbitrio judicial que han de encajar en la tipología), exigen en la actualidad instrucción. Muchas de ellas largas y complicadas. Todos estos supuestos darán lugar a la recusación o la abstención del Juez Instructor, al amparo del art. 219.11ª de la LOPJ. El Juez que instruye no puede enjuiciar, máxime si la pena a imponer es de prisión de hasta 6 meses. Actualmente un Juez de instrucción solo puede imponer penas privativas de libertad consistentes en la localización permanente, nunca prisión.

4º Circunscribir la exigencia de la previa denuncia a todos los supuestos de lesiones del artículo 147.2 es desproporcionado e injustificado, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido es la integridad corporal. Sería aconsejable que no se extendiera más allá de los actuales supuestos de falta del art. 617.1 y 2.

5º Es necesario dejar claro que las lesiones que integran el elemento objetivo del artículo 153 del Código, nunca exigirán denuncia previa.

6º Cuando la víctima sea menor de edad o se trate de persona con discapacidad, bastará con la denuncia del Ministerio Fiscal aun en los casos en que se exija denuncia previa.

El texto alternativo propuesto resuelve todos estos problemas.

## V. JUSTIFICACIÓN

### ***V.1. Insuficiencia del criterio delimitador entre lesiones menos graves y lesiones leves. La utilización del arbitrio judicial para determinar la naturaleza jurídica de un delito***

En la Exposición de Motivos, en relación con la supresión de las faltas contra las personas recogidas en el Título Primero, Libro Tercero del Código Penal se expone: *“que en su mayoría se trata de conductas tipificadas como delitos que pueden incluirse en cada uno de ellos como su tipo atenuado*

*aplicable a los supuestos en los que las circunstancias del hecho evidencien una menor gravedad.*

*Así, desaparecen las faltas de lesiones y con ello **el problema de la distinción delito-falta por la necesidad del tratamiento médico quirúrgico**. Las lesiones de menor gravedad en atención al medio empleado Y (obsérvese que en el texto del artículo se utiliza la conjunción o) el resultado producido, se van a sancionar en el subtipo atenuado del 147.2, aumentando el margen de apreciación para la imposición de la pena **de tal forma que sea el juez o tribunal el que fije y gradúe la pena en función de la concreta gravedad**. Se tipifica como delito leve “el que golpear un maltratado de obra a otro sin causarle lesión”, esto es la falta del actual artículo 617.2, que se agrava en el caso de víctimas vulnerables por el artículo 153, al igual que las lesiones leves del título 147.2.*

*En atención a la escasa gravedad de las lesiones y de los maltratos de obra, sólo van a ser perseguibles “mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”. Con ello se evita la situación actual, en la que un simple parte médico de lesiones de escasa iniquidad obliga al juez de instrucción a iniciar todo un proceso judicial y a citar al lesionado para que acuda obligatoriamente al juzgado a fin de hacerle el ofrecimiento de acciones como perjudicado, con los inconvenientes que ello le ocasiona. Parece más adecuado que sólo se actúe cuando el perjudicado interponga denuncia.*

*Objeciones:* Una correcta técnica legislativa consiste en que el Legislador otorgue al Juez la discrecionalidad suficiente en la respuesta punitiva al caso concreto, es decir, en la individualización y la determinación concreta de la pena en el caso enjuiciado. Técnica que utilizó el Legislador anterior cuando expresó que el Juez puede moderar la pena, en los resultados lesivos constitutivos de delito, atendiendo a la menor gravedad del hecho, al medio empleado o al resultado producido, pero dentro unos márgenes claros y delimitados entre lo que era delito y una simple infracción leve.

Ahora, el Anteproyecto pretende que esa ingente cantidad de supuestos que se tramitaban como faltas de lesiones, pasen a ser delitos leves (las actuales faltas de art. 617.1) y que convivan con los supuestos que, hasta ahora, son delitos menos graves, a los que el Legislador permite que el arbitrio judicial modere su pena en atención al menor resultado producido, los medios empleados, o la menor gravedad del

hecho (el actual art. 147.2). Asimismo, el Anteproyecto solo modifica el párrafo segundo del artículo 147 en la pena de multa a imponer, que la rebaja de seis meses a un mes, reproduciéndose literalmente el anterior párrafo coma por coma. Así, lo que antes era un delito menos grave pasa a ser un delito leve, y lo hace convivir con infracciones que agrava al pasar la falta a delito. Por ello, lo que antiguamente resultaba ser una excepción, y así era redactada (“No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior...”), ahora, con la reforma, va a constituir el supuesto general de mayor aplicación.

Además se desnaturaliza el delito de lesiones, pues lo que el actual Código permitía al arbitrio judicial era imponer penas más leves según la menor gravedad, los medios empleados o el menor resultado causado. Pero partiendo de unos márgenes muy claros de lo que era delito de lesiones. Ahora el Juez determinará si la lesión ha de constituir un delito menos grave o leve, es decir determinará la naturaleza del delito. El Legislador deja al arbitrio judicial incluso la determinación de la naturaleza de la lesión.

En la Exposición de Motivos se dice: *“Así, desaparecen las faltas de lesiones y con ello el problema de la distinción delito-falta por la necesidad del tratamiento médico quirúrgico”*

En las anteriores reformas el Legislador utilizó diversos criterios para distinguir el delito de la falta de lesiones y, por tanto, la gravedad de un resultado lesivo. Inicialmente se utilizaban criterios cuantitativos: número de días de curación y de impedimento. Posteriormente se introduce un criterio objetivo de naturaleza médica, estableciendo, hasta el momento actual, la diferenciación de la gravedad del resultado lesivo y por tanto su consideración como delito o falta, en la necesidad de que la lesión requiriera objetivamente, además de la primera asistencia, de un tratamiento médico y/o quirúrgico. Es cierto que en sus orígenes sí que fue necesario que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo complementara estos conceptos jurídicos que utilizó el Legislador.

En concreto en dos aspectos:

El primero, qué había de entenderse por tratamiento médico. En especial si lo son algunas inmovilizaciones (collarín, escayola, férula...) o la prescripción de reposo.

El segundo, si los puntos de sutura habían de ser entendidos como tratamiento quirúrgico, pues una gran parte de los médicos forenses en España consideraban que la aplicación y retirada de los puntos de sutura sólo constituía una primera asistencia.

Desde hace ya muchos años existe una firme y consolidada Jurisprudencia del Tribunal Supremo que define con toda claridad qué es la primera asistencia médica, qué ha de entenderse por tratamiento médico o por tratamiento quirúrgico, además de una numerosa casuística al respecto. Doctrina jurisprudencial que ha acogido la llamada Jurisprudencia menor. Hoy en día no existe ningún problema para poder determinar lo que es un tratamiento médico, a la vista de la descripción de actos médicos que se han realizado al lesionado, los cuales se reflejan en el informe forense. Tampoco hay la menor duda de encontrarnos ante un supuesto delito, y no de falta, si se han tenido que aplicar un número determinado de puntos de sutura quirúrgica a una persona. Todo ello sin perjuicio de que, en atención a la importancia de la herida o los medios empleados, el juzgador hiciere uso de la facultad discrecional que le confiere el párrafo segundo del artículo 147.2. Puede decirse así que la seguridad jurídica existe en la actualidad.

Con la reforma que plantea el Anteproyecto, no hay ningún criterio objetivo, ni cuantitativo, ni médico, que nos permita establecer si una lesión pertenece al apartado primero o al segundo. Todo queda al arbitrio judicial. Ello conlleva, irremediablemente, a una gran inseguridad jurídica, además de vulnerar el principio de taxatividad y el de reserva de Ley. Principios que son, como todos sabemos, manifestación directa del Principio de Legalidad.

La lógica y el sentido común harían pensar que deberían de persistir los criterios ya fijados por la Jurisprudencia, y que las calificaciones jurídicas seguirían siendo las mismas. Pero la experiencia nos demuestra hasta la saciedad que la confianza extrema en el arbitrio judicial, sólo produce sentencias absolutamente dispares ante supuestos semejantes o iguales, dependiendo del órgano judicial del que emane. En muy poco tiempo, muchos jueces introducirán nuevos criterios y opiniones personales para determinar si estamos ante el primero o el segundo párrafo, generando una total inseguridad jurídica. Tal desigualdad evidenciará una ausencia total, ya no solo de la justicia material sino también de

la justicia formal, en un delito, que es el rey numéricamente hablando, entre las infracciones contra las personas: estamos hablando de cientos de sentencias al año.

España tiene la suficiente experiencia legislativa para que tenga que renunciar a un criterio descriptivo y valorativo-objetivo. El Legislador tiene que describir. Genéricamente, pero describir. Y en este caso concreto, si no se quiere fijar un criterio objetivo nuevo, ya existe el criterio descriptivo objetivo necesario en la legislación hoy vigente.

Dentro de muy poco, una agresión que ha producido una lesión suturada con cinco o diez puntos de hilo de seda, para un órgano judicial será delito del párrafo primero del artículo 147 y, para otro, del párrafo segundo. Lo mismo podremos comprobar en lesiones con fracturas que requieran escayola u otras técnicas médicas de inmovilización, e igualmente no se harán diferencias si la fractura de huesos propios de la nariz requirió tratamiento de reducción o no; incluso, otros actos de cirugía menor, sin demasiada motivación, pasarán *per se*, a ser constitutivos de una infracción del segundo párrafo.

Estas interpretaciones podrán ser tanto a favor como en contra de reo.

Si analizamos escrupulosamente la Exposición de Motivos, el espíritu del Legislador que se infiere, es el de endurecer y ser más punitivo en el ámbito de las lesiones.

Lo que ya hace muchísimos años era tradicionalmente una falta del art. 617.1 del CP, con este Legislador pasará a ser un delito leve, al que se le puede imponer una pena menos grave de hasta seis meses de prisión. A diferencia de lo que ha ocurrido con el resto de faltas, que han pasado a ser delitos leves con imposición de penas exclusivamente leves.

Finalmente, como última reflexión, manifestar que casos en los que actualmente no hay duda que serían calificados como faltas del art. 617.1 del CP, pueden, con la reforma que propone el Anteproyecto, pasar a ser calificados y penados no como delitos leves del art. 147.2, sino como delitos menos graves del art. 147.1. Pensemos en lesiones que han sido producidas con una navaja, un cuchillo o incluso un arma de fuego, que, por la pericia de la víctima o por la impericia del agresor, han requerido

solo una primera asistencia. Actualmente solo podrían calificarse como falta del art. 617.1 del CP.

Por ello, se propone restablecer el criterio objetivo vigente adaptándolo a la supresión de las faltas y su transformación en delitos leves.

## *V.2. La denuncia como requisito de perseguibilidad*

### **V.2.a) La denuncia como requisito de perseguibilidad en todos los supuestos del artículo 147.2**

*Objeción:* La nueva reforma simplifica la categoría de los hechos delictivos y, así, todo atentado contra la integridad corporal que produzca un resultado lesivo, por muy mínimo que sea el mismo (un simple hematoma, una escoriación, arañazos...), pasa a ser delitos. Delito menos grave, si el arbitrio judicial concluye que encaja en el art. 147.1, o delito leve si lo estima típico en relación al 147.2.

La Exposición de Motivos declara de manera precisa que sólo tendrá la consideración de delito leve la previsión del actual artículo 617.2, es decir, el maltrato de obra sin causar ninguna lesión.

Solamente estudiando todo el articulado podremos concluir, también, que el art. 147.2 tiene la consideración de delito leve, y ello por los siguientes argumentos:

a) Porque de acuerdo con el art. 33.4 del Anteproyecto cuando la pena a imponer, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, entonces el delito se considerará, en todo caso, como leve.

b) Porque de acuerdo con la Disposición Transitoria Cuarta: “Mientras no entre en vigor la nueva ley de Enjuiciamiento Criminal, **los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente ley y tipificados en el artículo 147.2 y 147.3** tendrán la consideración de faltas penales a los efectos de la aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

c) En la Exposición de Motivos se expresa: “**Se tipifica como delito leve el que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, esto es, la falta del actual artículo 617.2, que se agrava en el caso de víctimas vulnerables por el artículo 153, al igual que las lesiones leves del título 147.2**”.

La agilización del sistema que propugna el Anteproyecto, en los casos en los que las agresiones producen un resultado lesivo leve, tiene la ventaja de no someter a un Juicio de Faltas a la víctima o perjudicado que no quiera denunciar ni reclamar. Pero si el sujeto quiere que se administre justicia, se tramitará un juicio de faltas. Juicio que no requiere ni instrucción, ni que el denunciado comparezca con representación letrada ni procurador. Así será mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según prescribe el último párrafo de la Disposición mencionada: “Del mismo modo, la instrucción y el enjuiciamiento de dicho delitos se substanciarán conforme al procedimiento previsto para el Juicio de Faltas del Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario”.

Los problemas que se plantearán son los siguientes:

1. Un Juez Instructor, sin ninguna instrucción, puede imponer penas privativas de libertad de hasta 6 meses de prisión. En el momento actual, la única pena privativa de libertad que puede imponer el Juez Instructor es la localización permanente.

2. El juicio de faltas no requiere abogado ni procurador. Por ello, el Juez Instructor podrá imponer penas de 6 meses de prisión sin que el denunciado tenga la defensa de un letrado. Ello resulta poco compatible con el art. 24 CE. En todos los supuestos en que la pena a imponer sea una menos grave (como ocurre en todos aquellos supuestos que actualmente se calificarían como un delito del 147.2), por requerir, además de la primera sanidad, tratamiento médico o quirúrgico, deben enjuiciarse siempre bajo la dirección de un letrado. Con ello se salvaguardaría correctamente el derecho de defensa al que se refiere el artículo 24 de la Constitución Española.

3. Si la esencia del juicio de faltas es la ausencia de instrucción o una mínima instrucción, so pena de declararse el juicio nulo por contaminación del órgano de enjuiciamiento, serán muchos los supuestos de recusación. Es causa de abstención judicial o de recusación judicial haber instruido el asunto que se enjuicia... Así el art. 219.11ª de la LOPJ establece como causa de abstención y, en su caso, de recusación el haber participado en la instrucción de la causa penal...

Las infracciones de lesiones, cuando intervienen varias personas o existen diferentes testigos, no son fáciles de calificar sin una instrucción, necesaria para determinar cómo ocurren los hechos, la determinación de la autoría, quién comienza primero, móviles, periciales... Cuando se están manejando penas de hasta seis meses de prisión, sería contrario al Ordenamiento Jurídico que el mismo Juez que ha instruido sea el que finalmente imponga la sanción privativa de libertad que, insistimos, puede tener la naturaleza de pena menos grave.

Entendemos que la pretensión de racionalizar el servicio público de Justicia puede colisionar frontalmente con la Constitución Española.

Insistimos en que con la *propuesta que planteamos* de mantener la distinción de la necesidad de previa denuncia o no (dependiendo de si era necesario o no, además de la primera asistencia, tratamiento médico quirúrgico), se permitiría afirmar en alguna parte de la Exposición de Motivos, o en su Disposición Transitoria Cuarta, que solamente los supuestos en que fuera necesaria la previa denuncia el hecho sería enjuiciado por el actual Juicio de Faltas. Además, nuestra propuesta incluye que dichos hechos, lesiones que no requieran más de la primera asistencia, nunca podrán ser sancionados con penas de prisión (limitando la pena de multa a dos meses, para que la pena a imponer sea leve y la pueda imponer el Juez de Instrucción). Se rebaja la pena del maltrato de obra para diferenciar la punición con el delito leve que produce un resultado lesivo. El resto de los supuestos penados por el artículo 147.2 seguirían siendo delitos menos graves a los que sólo se les pueden imponer una pena menor por su inferior gravedad, en atención al medio utilizado o el resultado producido, pues se plantea como alternativa elevar en un mes el tope mínimo de la multa. Su extensión será de dos a seis meses. Estos últimos hechos siempre serían enjuiciados por el Juzgado de lo Penal.

Incluso, y para una mayor claridad, el número 2 del art 147 podría dividirse en dos, introduciendo un punto más, y el tercero consistiría en un subtipo privilegiado: **3. Cuando la lesión solo requiera una primera asistencia facultativa para su sanidad, se impondrá pena de multa inferior a dos meses.**

Ignoramos en qué va a consistir la futura reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal. De lo que sí podemos estar seguros es que la misma no va encaminada a ampliar el ámbito de enjuiciamiento a los Jueces

de Instrucción y, mucho menos, a hechos delictivos como pueden ser las lesiones que exijan una previa instrucción. Los programas políticos tanto del anterior gobierno como del actual, parecen ir dirigidos a establecer que la investigación de los hechos sea realizada por el Ministerio Fiscal, quien finalmente realizará la propuesta de instrucción. Si tal sistema existiera en un futuro y desapareciera la figura del Juez Instructor convirtiéndose en un Juez de Garantías al que, hipotéticamente, se le pueda atribuir el enjuiciamiento de algunos delitos leves, podría ser que la propuesta que está haciendo este Anteproyecto ya no vulneraría el Ordenamiento Jurídico. Pero lo cierto es que esa reforma está aun en pañales, con un previsible periodo de *vacatio legis* muy extenso. Tardará mucho en entrar en vigor, pues supone una gran renovación de todo nuestro sistema. No podemos, por muy deseable que sea la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permitir que durante un lapso de tiempo, que insistimos se aventura largo, “salvar o validar” (aunque no se sabe ni por quién ni cómo) todos los supuestos que entran claramente en colisión con la Constitución a los que nos hemos referido. Sin que sea legítimo dejar zanjada la cuestión con el simple párrafo que establece la Disposición Transitoria Cuarta “Del mismo modo, la instrucción y enjuiciamiento de dichos delitos leves (expresamente se menciona el art. 147.2) se sustanciarán conforme el procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, *cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario*”.

## **V.2.b) La previa denuncia en los delitos de lesiones en el ámbito de violencia doméstica y de género**

*Objeción:* Ni en la Exposición de Motivos, ni posteriormente en el articulado se indica o aclara que para perseguir las lesiones del art. 153, no sea necesaria la previa denuncia. Se evidencia que es una omisión involuntaria por dos razones:

1º Por la forma en que se resuelve la misma cuestión en relación con las amenazas y las coacciones en el ámbito de la violencia doméstica y de género.

En la nueva redacción de los artículos 171 y 172, la inclusión como delitos de lo que actualmente son las faltas de amenazas y faltas de coacciones se introduce en los mismos artículos que definen y castigan los delitos de amenazas y coacciones en el ámbito familiar. Tal inclusión se realiza en un apartado distinto y perfectamente diferenciado de los anteriores. Con ello, al exigir para las actuales faltas de amenazas y coacciones la denuncia previa, al considerarlos en el Anteproyecto delitos leves, lo hace quedando clarísimamente redactado que solo se refieren a los supuestos redactados en los art. 171.7 o 172.3 y no a los otros supuestos que el Legislador incluye en los apartados anteriores de los mencionados artículos; es decir, a las amenazas y las coacciones en el ámbito familiar.

Así, el art. 171.7 dice “Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

En igual sentido el art. 172.3 del Anteproyecto.

2º El espíritu de la Legislación de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral en Violencia de Género. Sería contraria a toda la legislación introducida por las diversas reformas en materia de violencia doméstica y de género, así como en la especialización establecida en la mencionada Ley Integral, que para la investigación y el enjuiciamiento del delito de lesiones en violencia de género y/o violencia doméstica se exija el requisito previo de una denuncia.

No obstante, en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica, y con el fin de evitar desafortunadas interpretaciones, sería aconsejable que el Legislador aclarara, bien en este artículo 147, bien en el artículo 153, que para cualquier conducta que sea constitutiva de un delito de este último artículo, no es necesaria la previa denuncia de la persona ofendida o su representante legal.

En tal sentido se dirige nuestra propuesta de redacción del art. 147.4 in fine “salvo los supuestos previstos en el art. 153 de este Código”.

### ***V.3. Menores y personas con discapacidad***

*Objeción:* El Código Penal, desde la época democrática y siempre que impone la obligación de la previa denuncia para la instrucción de un delito, establece que cuando nos encontremos ante víctimas menores de edad, incapaces o personas desvalidas basta con la denuncia del Ministerio Fiscal. Expresamente lo menciona el actual art. 639 del vigente CP, si bien, este artículo queda expresamente derogado con el Anteproyecto. Es el Ministerio Fiscal quien tiene encomendado por ley la protección de las personas mencionadas. Esta ley es el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que desarrolla el artículo 124 de la CE en este aspecto. Por eso llama tremendamente la atención que el Anteproyecto olvide este deber legal, y le impida realizar a esta Institución una de sus funciones.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto, dedica un apartado, el número XXIV, a las personas con discapacidad. Extensamente explica la necesidad de una protección penal reforzada para las personas discapacitadas, en atención a su especial vulnerabilidad. Pero, este Legislador, tan preocupado por la especial protección de dichas personas, se olvida de ellos y de los menores en todos los supuestos que exigen una previa denuncia para perseguir el delito con esta reforma, al no prever que sea el Ministerio Fiscal quien también pueda denunciar en su nombre por ser especialmente vulnerables.

Nuevamente, creemos estar ante otra omisión involuntaria de este Legislador y se propone la matización hecha en el artículo alternativo.

### ***V.4. El art. 57.2 del CP y la nueva redacción del Art. 147***

Para finalizar quería poner de manifiesto que, conforme a la nueva redacción del artículo 147 y ante la no modificación del carácter preceptivo de la imposición de la pena de alejamiento prevista en el artículo 57.2, como pena accesoria obligatoria en todos los delitos de violencia doméstica o de género, el Legislador ha perdido, nuevamente, la oportunidad de establecer el carácter potestativo de dicha pena accesoria en los supuestos ocasionales o de menor gravedad. Demanda, por lo demás, solicitada por la mayoría de los sectores especializados en violencia de

género. Pero, además, ha eliminado cualquier resquicio para poder articular el carácter potestativo de tal pena en el maltrato de obra en el ámbito familiar al amparo de la STS 1203/2009, de 22 de octubre.

## 10.2. Delito de lesiones: consentimiento en la esterilización de incapacitados: Art. 156 CP

MANUEL CANCIO MELIÁ  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid

---

### *Art. 156 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

##### *Art. 156*

*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*

*Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

##### *Art. 156 CP*

*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de*

*aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*

*No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvar el prevalente, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Art. 156*

*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o discapacitado, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*

*Sin embargo, no será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de persona discapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del discapacitado, haya sido autorizada con arreglo a lo establecido en la legislación civil.*

### IV. FUNDAMENTACIÓN DE LAS ENMIENDAS

#### ***IV.1. Situación de partida***

La regulación de los delitos de lesiones en el Código penal de 1995 se mantuvo en la línea del modelo introducido en la profunda reforma operada en este sector por la LO 3/1989, en la que se enmendaron en gran medida los graves defectos de los que adolecía la regulación anterior: en síntesis, un casuismo exagerado y poco operativo y una tendencia a la responsabilidad objetiva incompatible con el principio de responsabilidad subjetiva que rige el ordenamiento penal. Se superó así una situación que arrancaba de la regulación de la materia hecha en el Código Penal de 1848 y que sucesivas reformas tan sólo habían empeo-

rado, creando, en particular, un equilibrio entre desvalor de acción y de resultado en este sector.

Sobre la regulación introducida en 1989, el Código Penal de 1995 incorporó en el ámbito concreto de las lesiones algunas modificaciones: resumidamente, además de los cambios en el tratamiento del consentimiento, puede decirse que por un lado, se eliminaron algunas figuras marginales (en particular, las figuras de automutilaciones para eximirse del servicio militar y las lesiones con infracciones de las Leyes de Trabajo (arts. 422, 423 y 427 CP TR 1973) y, por otro, se modificó sensiblemente, simplificándola, la configuración de los supuestos agravados y, en menor medida, de la delimitación entre delito y falta, centrada en torno a la magnitud objetiva de que la lesión producida genere la necesidad de un tratamiento médico más allá de una primera asistencia sanitaria.

Así, la regulación actualmente vigente conoce cuatro niveles de gravedad de las infracciones criminales de lesiones: en primer lugar, en el ámbito de las lesiones en sentido estricto, el centro de gravedad de la regulación está en el tipo básico del art. 147.1 CP, estableciéndose modalidades agravadas por la concreta conducta realizada (art. 148 CP) o por el resultado especialmente grave producido (arts. 149 y 150 CP), una modalidad atenuada (art. 147.2) y previéndose una falta de lesiones (art. 617.1 CP). Por otro lado, en atención al nuevo sistema de incriminación introducido en el Código Penal de 1995, se tipifican expresamente tanto la provocación, la conspiración y la proposición para cometer estos delitos (art. 151 CP), como la realización de las distintas infracciones por imprudencia grave (los delitos del art. 152 y la falta del art. 621.1 CP) y leve (falta del art. 621.3 CP). Los últimos preceptos del título de la redacción original (arts. 155 y 156 CP) se refieren al consentimiento.

En lo que se refiere, en segundo lugar, a infracciones próximas, pero no constitutivas de lesión en sentido estricto, la regulación en vigor contiene dos tipos delictivos autónomos que no tipifican verdaderas lesiones: el delito de maltrato machista (art. 153 CP) y el delito de peligro consistente en la participación en riña (art. 154 CP), así como la falta de maltrato de obra del art. 617.2 CP. Además, desde la LO 5/2010, el art. 156 bis CP tipifica conductas delictivas relacionadas con el tráfico de órganos humanos.

## *IV.2. Líneas de fuerza del AP 2012 y de las enmiendas a plantear*

a) Partiendo de la situación antes esbozada, la reforma en curso pretende introducir las siguientes **modificaciones fundamentales**:

1. El primero de los cambios, probablemente, el de mayor calado, deriva de la decisión general de eliminar las faltas con carácter general del ordenamiento penal español. De las figuras existentes, desaparecen del terreno penal —se descriminalizan— las faltas de lesión cometidas por imprudencia leve. Las faltas dolosas —la de lesión en sentido estricto, del art. 617.1 CP actualmente en vigor, sólo definida de modo negativo por no ser delito, y la falta de maltrato de obra del art. 617.2 CP— tienen un destino menos claro: parte de las faltas de lesión —debido al cambio de definición de ésta— serán aprehendidas por el nuevo número 2 del art. 147 (lesión menos grave), y la falta de maltrato de obra se eleva a la categoría de delito en el número tercero.

2. Se modifica la regulación de la esterilización de personas incapaces, por un lado, remitiendo el procedimiento para la aprobación a la legislación civil, por otro, sustituyendo la referencia a la incapacidad por la de persona que “carezca absolutamente de aptitud para prestar” consentimiento.

b) Sintéticamente, las **bases para una valoración inicial del AP y de fundamentación de las enmiendas que se proponen** son desde el punto de vista aquí adoptado, las siguientes:

- parece acertado el criterio general con el que se fija la línea general de intervención del ordenamiento penal, partiendo de la decisión general de suprimir las faltas: descriminalizar la imprudencia leve y mantener la relevancia penal —incrementando la pena al convertirse en delitos, eso sí: la despenalización de las faltas supone en este ámbito, para los casos de dolo, convertir las figuras en delito, agravarlas— de las hoy faltas dolosas. Ahora bien, esta decisión debe tener en cuenta que la eliminación de la imprudencia leve puede generar una distorsión de la aplicación de la noción de imprudencia grave, de modo que —al igual que en el caso de las faltas dolosas, cuya “descriminalización” sólo implica que se ha agravado la responsabilidad por su comisión, al elevarlas a la condición de delitos— la pretendida reducción del alcance de lo

criminal en realidad signifique una exacerbación de la punibilidad por unos mismos hechos;

- tampoco se atisba a ver qué sentido tiene la sustitución de la mención del incapaz (hoy: discapacitado) por el nebuloso concepto de la persona que no está en condiciones de prestar su consentimiento, que de modo evidente reduce la seguridad jurídica en este ámbito. Podría pensarse —como hace algún informe sobre el AP— que se trata, genéricamente, de restringir esta posibilidad de esterilización, como pareciera indicar la supresión de la mención al interés del incapaz/discapacitado y su sustitución por una indeterminada referencia a los bienes jurídicos en conflicto, como si éstos no fueran, en todo caso, pertenecientes al ámbito de la persona incapaz. Por ello, antes de producir esta modificación en el procedimiento que genera inseguridad, sería conveniente establecer primero las reglas en la legislación civil, y aquí se propone mantener al menos la mención al superior interés del discapacitado.

# 11. VIOLENCIA DE GÉNERO

## 11.1. Maltrato. Art. 153

**MARÍA ACALE SÁNCHEZ**

*Catedrática de Derecho penal  
Universidad de Cádiz*

**ROSARIO GÓMEZ LÓPEZ**

*Profesora de Derecho penal  
Universidad de Cádiz*

---

### *ART. 153*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 153*

*“1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 de este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin*

*convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.”*

*“5. En estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 el art. 147 de este Código, o la golpear o maltratare de obra de acuerdo con lo previsto en el número 3 del artículo 147, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.*

### IV. MOTIVACIÓN

Sin querer entrar a analizar nada más allá de las reformas que propone realizar el Anteproyecto, es preciso ajustar la conducta típica del delito de maltrato a las nuevas modalidades castigadas en el art. 147 cuya redacción, en realidad, proviene de la redacción del vigente Código penal, en el que como es sabido, tampoco es que quede aclarada las distintas modalidades de conductas típicas dentro del delito de maltrato del art. 153. De ahí que se suprima en la propuesta la referencia a “menoscabo psíquico”, que entra directamente en el concepto de lesión de menor gravedad.

Asimismo, se propone la eliminación del número 5º, por coherencia con la propuesta de eliminación de la medida de libertad vigilada.

Aunque a simple vista, con estos dos cambios, acaban las modificaciones operadas en el art. 153, ha de tenerse en consideración que el nuevo art. 147.4 establece que “los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”, sin que se haya previsto ninguna excepción.

Ello determina que las lesiones leves y los maltratos castigados en el art. 153 han de haber sido denunciados por la víctima, lo que supone un paso atrás considerable en la lucha contra la violencia de género y doméstica en las que se ha empezado a poner coto a ambos fenómenos criminales desde el momento que se ha admitido la denuncia por parte de cualquiera en la medida en que, criminológicamente, existen motivos suficientes para que la víctima no se atreva a denunciar (“síndrome de la mujer maltratada”), perpetuando la situación de violencia en el tiempo, al prolongarla, con los riesgos que existen de que se vuelvan a reiterar los actos violentos, aumentando, por lo demás la intensidad de los sucesivos actos.

Por todo ello, y en todo caso, es necesario excepcionar la regla establecida en el art. 147.4, en el sentido de que no sea precisa la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Esta es precisamente la línea que sigue el Anteproyecto en el art. 171.7 (fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal) y 172.3 (fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal).

## 11.2. Maltrato. Art. 153

ANA GALDEANO SANTAMARÍA

Fiscal. Profesora Asociada

Universidad Carlos III de Madrid

---

### *Art. 153 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

1. *El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo o psíquico o una lesión no definiera como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y un día a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, la tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

2. *Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuera alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, excepto a las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y un día a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curar tela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.*

3. *Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

4. *No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, relacionándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Solamente se modifica el punto 1 y se añade un nuevo punto 5.*

*1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una **lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado dos del artículo 147 de este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión**, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y un día a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, la tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

*2, 3 y 4 su redacción es idéntica a la textos vigente, que se ha reproducido anteriormente.*

*5. En estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una **lesión que solo requiera la primera asistencia, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión**, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y un día a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, la tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

*Los apartados 2, 3, 4 y 5 se mantienen*

*Se añade el punto 6:*

*6. Ninguno de los delitos previstos en los anteriores apartados exige la denuncia de la persona agraviada ni de su representante legal.*

#### IV. MOTIVACIÓN

La modificación que se propone en el párrafo primero, es coherente con la modificación que se propone en el art. 147. Además el Anteproyecto introduce una rebaja muy importante en la pena a imponer en los supuestos más graves de violencia de género, que de ningún modo en la Exposición de Motivos explica o justifica.

Nuestra propuesta evitaría dicha variación.

La redacción del Anteproyecto hará que muchísimos supuestos que actualmente se sancionan al amparo del art. 148.4 del CP, pasen a ser delitos del art. 153.

Actualmente, un hecho que requiera además de la primera asistencia tratamiento médico o quirúrgico, en el ámbito de violencia de género, es un delito de lesiones del artículo 147.1, que se ve cualificado por ser la víctima o haber sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, debiendo aplicarse el tipo cualificado del art. 148.4 (de 2 a 5 años de prisión). Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de imponer una menor pena por la *menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido*, pues el Código vigente, permite al Juez imponer una pena inferior al sancionar el hecho con la pena que impone el art. 147.1 (1 año 9 meses y 1 día a 3 años de prisión, al concurrir la agravante de parentesco del art. 23).

Con el Anteproyecto, todos los hechos que puedan encuadrarse en el artículo 147.2 se calificarán como hechos del art. 153, cuya pena se extiende de 6 meses a 1 año de prisión.

Me remito a la motivación y justificación expuesta en la propuesta alternativa del artículo 147, en donde explico la ampliación injustificada del gran número de supuestos que van a tener ahora encuadre en el art. 147.2 del Anteproyecto y la ausencia de un criterio objetivo para determinar la naturaleza de la lesión.

La Exposición de Motivos no explica porqué se produce una disminución tan importante de pena en los supuestos de violencia de género. Se pasa de un límite inferior de 2 años (o si se prefiere, de 1 año, 9 meses y un día) a 6 meses de prisión.

Por otro lado, la propuesta de inclusión del punto sexto tiene como fin eliminar cualquier interpretación, que pueda justificar, que en los delitos de violencia doméstica o de género es requisito de perseguibilidad, la previa denuncia.

## V. JUSTIFICACIÓN

### *V.1. La asistencia y tratamiento médico como criterio para determinar la naturaleza jurídica del delito de lesiones*

Me remito a toda la justificación manifestada en el comentario del artículo 147.

### *V.2. No debe interpretarse que se exige la denuncia en alguno de los supuestos del Art. 153 CP*

Ni en el art. 147 (las lesiones), ni posteriormente del artículo 153 del Anteproyecto, se pone de manifiesto que, cuando los hechos enjuiciados sean delitos leves de lesiones, si nos hallamos en el ámbito de violencia de género o violencia doméstica, no es necesaria la previa denuncia.

En la Exposición de Motivos solamente se indica *“Se tipifica como delito leve el que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, esto es la falta del actual artículo 617.2, que se agrava en el caso de víctimas vulnerables por el artículo 153, al igual que las lesiones leves del título 147.2”*.

Primeramente hemos de manifestar que las víctimas especialmente vulnerables del art. 153, no son la mujer, ni el resto de personas a las que se refiere el artículo 173.2 del CP. El propio art. 153.1 enumera como sujetos pasivos a *la mujer* (esposa o mujer a la que esté o hubiera estado unido por una relación de afectividad, aun sin convivencia, es decir el delito de lesión o maltrato de violencia de género); *y por otro lado las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor*. En este caso no importa que el sujeto pasivo sea hombre o mujer e incluso no es necesario que exista una relación afectiva o de parentesco, lo único que se exige

que el sujeto sea especialmente vulnerable y que convivan. Conforme a la Circular de la FGE 4/2005, la condición de vulnerabilidad está directamente relacionada con la existencia de una reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima y ésta suelen derivar de una serie de circunstancias como la edad, la enfermedad o en la situación en que se encuentre.

La edad puede ser muy elevada o escasa. Afecta a **niños** —bebés o niños de corta edad—, por ejemplo menores de cinco años **y personas de edad avanzada**, que tengan limitaciones físicas o psíquicas que impidan o mermen considerablemente su capacidad defensiva)

La enfermedad; con independencia de la edad que se tenga.

La situación en que se encuentre la víctima; también es independiente de la que se tenga.

En el art. 153.2 CP se refiere a las personas a las que se refiere art. 173.2 CP.

**Entiendo que la Exposición de Motivos se confunde o confunde a quien la lea**, pues obviamente se está refiriendo a todas las víctimas susceptibles de serlo en violencia doméstica y de género, además de las vulnerables víctimas o especialmente vulnerables que menciona el art 153 tanto en su redacción actual, como en la del Anteproyecto, pues éste no modifica en nada el actual art. 153. La Exposición se está refiriendo **a todas las víctimas que el artículo 153 enumera, es decir la esposa o mujer..., las especialmente vulnerables que convivan con el agresor y las personas del art. 173.2.**

Por otro lado, ni en la Exposición de Motivos, ni posteriormente en el articulado se indica o aclara que, en relación con las lesiones del art. 153, no es necesaria la previa denuncia. Se evidencia que es una omisión involuntaria por dos razones. Razones que explico en la justificación del artículo 147, y a ellas me remito.

No obstante, en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica, y con el fin de evitar desafortunadas interpretaciones, sería aconsejable que el Legislador aclarara, bien en el artículo 147, bien en el artículo 153, que para cualquier conducta que sea constitutiva de un delito de este último artículo, no es necesario la previa denuncia de la persona ofendida o su representante legal.

En tal sentido nuestra propuesta de inclusión del punto 6 si no se acogiera la propuesta del art. 147.4 in fine “salvo los supuestos previstos en el art. 153 de este Código”.

### *V.3. La suspensión de la pena privativa de libertad en violencia de género*

Finalmente, añadir que con el sistema único de **suspensión** establecido con el Anteproyecto, el juez o tribunal puede acordar la imposición como sustitutiva de la pena privativa de libertad, una pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Asimismo, se introduce como posible condición de la suspensión el cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación.

Dos cuestiones han de recordarse y no deben dar lugar a otras interpretaciones, por lo que sería interesante que en la Exposición de Motivos se hiciera referencia a las mismas aunque sea brevemente:

1º La mediación está expresamente prohibida en materia de violencia de género. Así lo establece la Ley Orgánica 1/1004 de Medidas de Protección Integral en Violencia de Género. Por ello la posibilidad de acordar una suspensión condicionada a una mediación no debe estar permitida en materia de violencia de género.

2º En el sistema actual de protección en materia de violencia de género, excluye la posibilidad de imponer la pena de multa. Sólo pueden imponerse penas privativas de libertad o trabajos en beneficio de la comunidad.

Es contrario a toda la legislación penal anterior al Anteproyecto, que en materia de violencia de género, sea posible el cumplimiento de la responsabilidad penal mediante una pena de multa. No solamente porque no está previsto, ni establecido en ninguno de los artículos referidas a esta materia, sino porque el vigente artículo 88 del Código Penal, cuando permite la sustitución de las penas privativas de libertad expresamente establece en el último párrafo del punto primero del mencionado artículo, que la pena de prisión sólo puede ser sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente. Excepción que sólo juega en esta materia y no en ningún otro ámbito, incluido el de la violencia doméstica.

Con el Anteproyecto, se mantienen las penas privativas de libertad o de trabajos en beneficio de la comunidad en todos los delitos que son propios de violencia doméstica o de género, a excepción del nuevo art. 172 ter.

Si analizamos toda la reforma, podemos comprobar que aunque se ha suprimido la sustitución de las penas (artículo cuadragésimo primero. Se suprime la rúbrica “Sección 2ª. De la sustitución de las penas privativas de libertad” del Capítulo III del Título III del Libro I del Código Penal. Y en el artículo cuadragésimo segundo se modifica el artículo 88, cuya redacción se refieren a la sustitución de la expulsión del territorio español a ciudadanos extranjeros cuyas penas de prisión sean de más de un año), lo cierto es que al regular la suspensión de las penas privativas de libertad permite, en el nuevo artículo 84, el condicionar la suspensión, entre otras prestaciones al pago de una multa o a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. La única obligación exigida a estos trabajos es que resulten especialmente adecuados como forma de reparación simbólica, a la vista de las circunstancias del hecho y del autor, imponiendo un límite máximo de días de trabajo a sustituir. Se omite cualquier referencia a que ésta sea la única modalidad a imponer cuando estemos hablando de delitos relacionados con violencia de género. Por ello, a la luz del Anteproyecto, la alternativa u opción posible en este régimen único de suspensión, como así lo denomina la Exposición de Motivos, permitirá una sustitución por multa, en lugar de trabajos en beneficio de la comunidad, en materia de violencia de género.

Posibilidad, a todas luces contraria al sistema punitivo establecido para violencia de género hasta ahora. Cambio que no es explicado por el Legislador del Anteproyecto. Además hace que resulte absurdo, que en la aplicación de los delitos del artículo 153.1, 171.4, y 172.2, que no han sido alterados por el Anteproyecto, sea imposible la aplicación de una pena de multa —como pena principal—, al exigir la privación de libertad o trabajos en beneficio de la comunidad y luego, posteriormente, en ese maremágnum de supuestos de posibles suspensiones condicionadas a múltiples variedades de medidas, condiciones o deberes de cuidado, se permita, sin que inevitablemente hablemos de fraude de ley, la sustitución por multa, o como el Anteproyecto lo denomina, suspensión condicionada por multa.

## 11.3. Delito de maltrato habitual: Art. 173.2 CP

**MANUEL PORTERO HENARES**

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología  
Universidad de Castilla-La Mancha*

---

### *ART. 173.2 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

Art. 173.

2.– *El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallan sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, a él en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

*Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o de prohibición de la misma naturaleza.*

3. *Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las com-*

*prendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 173.*

*2.– El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallan sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, a él en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

*3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.*

## III. PROPUESTA

Mantener la redacción del art. 172.2 y 3 CP según el texto de Anteproyecto.

#### IV. MOTIVACIÓN

Dejando sentado que no propondremos una modificación del texto de los apartados 2 y 3 del artículo 173 tal y como queda redactado en el Anteproyecto, nos centraremos en comentar la justificación y consecuencias de la supresión del párrafo segundo del apartado 2 del precepto, en el que actualmente se contiene la cualificación del tipo básico mediante la elevación la mitad superior de la pena cuando alguno o algunos de los actos de violencia se cometa en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio de la víctima o se cometan quebrantando una pena de las establecidas en el artículo 48 o una medida de la misma naturaleza.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto no ofrece una explicación de la razón de la supresión de la cualificación en el delito de maltrato habitual, cualificación que, sin embargo, sí mantiene en el delito del artículo 153, en su apartado 3, tal y como se dispone en su redacción vigente. La convivencia actual de la misma cualificación en ambos preceptos ocasiona que pueda ser aplicada la cualificación en el maltrato habitual así como en cada uno de los actos de maltrato ocasional que se castiguen en función de la regla penológica del concurso contenida en el 173.2 in fine, produciéndose, por tanto, un bis in idem.

En el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013, sobre el Anteproyecto, en relación con el artículo 173.2, se menciona que “El prelegislador no da ninguna explicación de la supresión de estas circunstancias agravantes en el delito de violencia habitual, manteniéndolas, sin embargo, para el maltrato puntual y para las amenazas asimismo puntuales. Siendo necesario su mantenimiento en el delito más grave de violencia habitual”. Es decir, el Consejo estima necesario el mantenimiento de la cualificación en el 173.2. Por su parte, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 4/ 2005, mantiene que en los supuestos en que haya de aplicarse la cualificación deberá de hacerse en el delito de maltrato habitual, no en los hechos ocasionales que finalmente vayan integrar el mismo

Al suprimir la cualificación del artículo 173.2 entendemos que el legislador considera lógica la supresión pues para que el maltrato habitual esté cualificado es necesario que algún o alguno de los actos de maltrato

ocasional lo esté, pues son estos maltratos ocasionales los que integran el tipo objetivo del maltrato habitual. Con ello lo que el Legislador ha pretendido es evitar cualquier duda respecto al *nom bis in idem*, anteriormente mencionado, y a la discrepancia de la jurisprudencia menor que en ocasiones aplicaba la cualificación del maltrato habitual y en otras aplicaba la cualificación al hecho ocasional de maltrato. Además, no siempre un delito de maltrato ocasional, lesiones, amenazas, coacciones, tiene por qué constituir un delito de maltrato habitual, y sin embargo para que el maltrato habitual estuviera cualificado alguna conducta ocasional, que integre el elemento objetivo del art. 173.2, tiene que estar cualificada. Luego en estricta lógica parece que la cualificación debe mantenerse en los delitos de maltrato ocasional y no en el habitual, ya que en sendos no podría convivir.

# 12. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

## 12.1. Subtipo agravado de detención ilegal por no dar razón del paradero de la persona detenida: Art. 166 CP

**DIEGO J. GÓMEZ INIESTA**  
*Profesor Titular de Derecho Penal*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

---

### *ART. 166 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 166:

*“El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este Capítulo, salvo que la haya dejado en libertad.”*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 166:

*“1. El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con una pena de prisión de diez a quince años.*

*2. Se impondrá una pena de quince a veinte años cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Que la víctima fuera menor de edad.*
- b) Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Derogación del art. 166 CP vigente y, en consecuencia, supresión del art. 166 del Anteproyecto de 2012.*

### IV. MOTIVACIÓN

El vigente artículo 166 CP tiene su antecedente en el derogado art. 483 CP, que había sido objeto de innumerables críticas doctrinales por su carácter de delito de mera sospecha. En las escasas ocasiones que el TS se ha pronunciado al respecto, precisamente con relación al art. 483 CP en su sentencia de 11 de marzo de 1974, vino a considerarlo como un delito de sospecha, al establecer una presunción objetiva de asesinato vulneradora del principio de culpabilidad; si bien, en su considerando sexto fundamentó débilmente su constitucionalidad por la vigencia del principio de legalidad, señalando que la ausencia de toda explicación razonable de la desaparición y la omisión de la puesta en libertad no comportaba una inconstitucional inversión de la carga de la prueba ni una presunción que ocasionase una agravación de la pena por el resultado, no sin antes calificar el precepto de “criticable” y, en virtud del principio de conservación de las normas, admitir su vigencia. Esta sentencia fue objeto de recurso de amparo ante el TC que, mediante Auto 419/1990, de 29 de noviembre, inadmitió la demanda subrayando que supone presunciones respecto a la detención del detenido y al mal que éste puede padecer. Este Auto, junto a la interpretación del TS, se llevó definitivamente al Código penal actual.

La jurisprudencia analizada no soluciona los problemas de constitucionalidad que plantea el precepto porque establece un delito de “sospecha de homicidio”, en el sentido de que si el autor sabe dónde está la persona detenida pero no dice donde se encuentra, debe presumirse que la víctima fue asesinada, invirtiéndose de esta forma la carga de la prueba. Aunque el Informe del CGPJ considera correcto configurar el precepto sobre la base de la posición de garante del secuestrador respecto de la víctima entendiéndolo que el hecho afecta a la libertad del rehén, por lo que también es responsable de su vida en el supuesto de que muera, son tantos los problemas que genera, que más que venir a

solucionarlos, los complica. Ante la inseguridad que genera, provocando una clara indefensión para el acusado, y sin que existan razones político criminales que avalen la agravación, creemos que la redacción vigente lleva a una conclusión negativa sobre su constitucionalidad, al vulnerar los principios de no autoincriminación (se exige que pruebe algo para no estar incurso en un delito), el de presunción de inocencia (al presumir que persiste la detención hasta el momento de dictar sentencia e incluso parece imputársele una muerte sin pruebas al responsable de la detención) y el de imputación subjetiva (al imputársele una muerte sin acreditar que existe dolo o imprudencia).

Por lo que se refiere a la norma proyectada, que dispone la misma pena que para el homicidio (10 a 15 años), tanto para la detención ilegal como para el secuestro, estableciendo un subtipo agravado cuando la víctima sea menor de edad, o exista un móvil sexual para el caso de la detención ilegal, coincidimos con el Informe definitivo del CGPJ, en el sentido de que al suprimir la referencia del último inciso del vigente artículo 166 CP, *“salvo que lo haya dejado en libertad”*, que supone una exención de pena cuando el autor de la detención ilegal o del secuestro haya dejado en libertad a la víctima, confiere a este subtipo agravado un carácter de puro delito de sospecha, reapareciendo nuevamente el fantasma de la inconstitucionalidad por vulneración de la presunción de inocencia y las garantías constitucionales implícitas a la prueba. Más aún cuando la pena establecida, que protege supuestamente la libertad, es la misma que para el homicidio, que protege la vida, lo cual contraviene claramente el principio de proporcionalidad de las penas; además de ser técnicamente incorrecta, al equiparar el castigo tanto para la detención ilegal como para el secuestro y no diferenciar los casos de secuestro que superan los quince días y los que se perpetúan sin dar razón del paradero de la persona detenida. Igualmente parece desproporcionado que la minoría de edad, cuando nuestros Tribunales han puesto de relieve que cualquier persona, independientemente de su edad, puede ser víctima de esta clase de delitos, y el móvil sexual, olvidando que estos delitos no sólo se acompañan de delitos contra la libertad sexual, sino también y frecuentemente de otros, por ejemplo, el patrimonio, justifiquen una agravación como la del art. 166.2.

## 12.2. Subtipo agravado de detención ilegal por no dar razón del paradero de la persona detenida: Art. 166 CP

ELENA M. GÓRRIZ ROYO  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de València. Estudi General

---

### *Art. 166 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 166

*“El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad”*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 166

*“1. El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con una pena de prisión de diez a quince años.*

*2. Se impondrá una pena de quince a veinte años cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Que la víctima fuera menor de edad.*
- b) Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad.”*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión del art. 166 (completo: apartados 1 y 2) propuesto en el Anteproyecto.*

*Supresión del art. 166 CP del Código penal vigente si no se acometen mejoras técnicas que lo concilien con las garantías constitucionales.*

#### IV. MOTIVACIÓN

La redacción del actual art. 166 CP, del Título VI, Capítulo I, del vigente Código penal (en adelante, CP), trae causa en determinados delitos precedentes (básicamente el art. 483 del derogado Código penal de 1944/1973) que fueron criticados unánimemente por doctrina y jurisprudencia, ante los graves problemas de constitucionalidad que implicaban. Sobre todo por las vulneraciones en que se incurría de principios penales tan relevantes como el de *culpabilidad* —al criticarse su objetivismo y su tendencia al “*versarismo*”— y, ante todo, la *presunción de inocencia* —por la inversión de la carga de la prueba *contra reo* que implicaba—. A pesar de dichas críticas doctrinales, desde el ámbito judicial se llevó a cabo una reinterpretación para adaptar el anterior art. 483 ACP al sistema constitucional vigente (*vid. STS de 25 de junio de 1990 “caso Nani”* y Auto del TC *nº 421/1990 de 28 de diciembre*). Probablemente por ello, el legislador de 1995 decidió introducir un delito de detención ilegal o secuestro en el vigente art. 166 CP que, según algunos autores puede calificarse como de “detención por tiempo indefinido” o —según otros autores— ha de entenderse como de “desaparición forzada de personas”. Para ello realizó algunas mejoras técnicas, como la previsión de la cláusula “salvo que la haya dejado (a la víctima) en libertad”. De modo que, a la luz de este precepto y según reiterada jurisprudencia y doctrina mayoritaria, corresponde a la acusación la carga de la prueba de que el sujeto no está en libertad. Sin embargo, precisamente este requisito que garantiza una mejor conciliación del precepto con las exigencias probatorias inherentes al principio de presunción de inocencia, *es uno de los que ahora se pretende eliminar del vigente art. 166 CP, en el Anteproyecto de 2012.*

Resumidamente, **el texto del art. 166.1 que se recoge en el Anteproyecto de 2012**, se propone acometer tres importantes cambios: primero, suprimir la cláusula “salvo que la haya dejado en libertad”; en segundo lugar, establecer una pena de prisión que *de diez a quince años*; en

tercer lugar, se introduce un apartado 2º en el que se prevén dos posibles agravaciones muy severas, mediante una técnica legislativa deficiente.

A la vista de esta propuesta, *resulta evidente la introducción de un “delito de sospecha”* en el Código penal. Y ello porque el texto del Anteproyecto propone no ya suprimir la cláusula que hasta ahora venía haciendo posible una interpretación constitucional del delito del art. 166 CP sino que mantiene la objetable exigencia de “...no dar lugar razón del paradero de la víctima...”. A ello hay que añadir que se equipara la pena de este delito con la del actual *homicidio* —incidiendo en su carácter de “delito de sospecha”—; y por último se introduce un apartado 2º en el que se prevén dos agravaciones que obligan a elevar las penas de forma desproporcionada.

Todo ello acrecienta la idea de que el legislador introduce una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad o “sospecha” pues se infiere que el reo de detención ilegal o secuestro *dio muerte a la víctima*. Lo que vulnera tanto el principio de presunción de inocencia en su vertiente de *regla pre-procesal* —de modo que aquella presunción de culpabilidad ha de considerarse, por el hecho de serlo, inconstitucional—, como en su consideración de *regla de juicio*, por los obstáculos que recaen en la defensa para revertir la carga de la prueba de que el acusado es, de entrada, *culpable*. No obstante, aunque el principio de culpabilidad se ve comprometido a través del precepto propuesto, su mutua implicación con el *principio de presunción de inocencia* y la mayor eficacia de éste para depurar este tipo de vulneraciones constitucionales, aconseja apelar a aquella presunción, como principio penal esencialmente afectado. Y además, por doble vía: porque la eliminación del requisito de que la acusación pruebe que la víctima no está en libertad no solo erosiona aquel capital principio, sino que hace bascular todo el peso de la pena del propuesto art. 166.1 Anteproyecto, en la exigencia de “no dar razón del paradero del desconocido” lo que plantea múltiples objeciones. De hecho desde la doctrina penal clásica, se entiende que la compatibilidad de tal exigencia con el sistema penal de garantías es prácticamente imposible: de un lado, supone una inversión de la carga de la prueba (por cuanto obliga al acusado a declarar contra sí mismo); de otro, permite obviar la prueba de la imputación de la desaparición —o muerte— de la víctima, a título de dolo, imprudencia o por caso fortuito, al autor de la detención ilegal

o secuestro; sin tener en cuenta los casos en que éste *no sepa dónde está la víctima*. Por último, permite la instrumentalización del Derecho penal sustantivo, para subsanar dificultades procesales —y/o policiales— en la persecución de delitos como el que nos ocupa.

A pesar de ello, llama la atención el criterio favorable que parece deducirse del *Informe del Consejo fiscal*, que destaca la “ventaja” de “orillar” la polémica sobre la prueba de que la víctima haya quedado en libertad, obviando que ello implica una clara elusión de los requisitos probatorios inherentes a la presunción de inocencia. Tampoco se perfila con claridad la alternativa que se plantea en el *Informe del CGPJ*. En efecto, pese a que en el mismo se apela a una propuesta que —según allí se dice— deriva de la STC 155/2002, de 22 de julio, y que pretende interpretar este delito desde la *posición de garante* del secuestrador respecto de su víctima, lo cierto es que en la citada STC —que enjuicia determinados aspectos del caso “Lasa y Zabala”— pocos datos se aportan para realizar semejante interpretación. Y a la postre, no parece sino que la misma descansaría en una sospecha de homicidio *contra reo*, pues para aceptar aquella posición de garante (por injerencia), y por ende un delito de comisión por omisión, ha de hacerse alguna clase de equivalencia “en el sentido del texto de la ley” (art. 11 CP): probablemente —a falta de más detalles— se equipararía el mantenimiento de la “desaparición”—conducta omisiva— con la “acción” de dar muerte. Y si eso fuera así, se apuntaría de nuevo, a un delito de sospecha.

Por las razones expuestas y ante todo, por la evidencia de que se trata de un puro delito de sospecha, en definitiva se solicita, la ***supresión de este primer apartado del art. 166 propuesto en el Anteproyecto de 2012***.

En cuanto al ***apartado 2º del art. 166 del Anteproyecto 2012 también se solicita su supresión*** por diversos motivos: no sólo porque su redacción evidencia diversas *imperfecciones técnicas* (v.gr. se alude a una “pena” sin especificar de qué clase, pudiendo parecer que, por su naturaleza, es de *prisión*, pero siendo preciso que el texto legal lo establezca), sino porque los dos apartados que pretenden introducirse, solo aluden a algunos de los supuestos que, desde la perspectiva criminológica, pueden darse en relación con este delito. Pero se omiten otros que pueden ser igualmente importantes (v.gr. casos de víctimas incapaces, supuestos de detenciones ilegales o secuestros para cometer delitos contra la propiedad o contra

la integridad moral, o delitos de violencia de género, etc.) Asimismo, la inclusión en el apartado 2.b) del elemento subjetivo referido a la “intención” de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima, plantea múltiples problemas probatorios (dado que el tipo se refiere a casos en que la víctima está en paradero desaparecido). Y, asimismo, parece obviar que, por vía jurisprudencial, ya se ofrece una solución para casos similares. Así, para supuestos en que se pruebe —no ya la mera intención— sino la comisión conjunta de detenciones ilegales y otros delitos (contra la libertad sexual, integridad moral o propiedad, etc.), resulta sin duda adecuado recurrir al *concurso de delitos*, sin causar fricciones a principios penales (vid. v.gr. STS 14 de noviembre de 2006).

Por último en esta enmienda se plantea, de entrada, la supresión del **vigente art. 166 CP**, por diversas razones: de un lado, a partir del Código penal de 1995 la aplicación de este delito ha sido más bien escasa, y no necesariamente orientada a la casos de *detenciones forzosas de personas* (para lo que ya existe un tipo penal específico entre los delitos de “lesa humanidad”; vid. art. 607 bis 2.6° CP). De otro, la incorporación de la exigencia de “no dar razón del paradero de la persona detenida” sigue planteando las objeciones ya apuntadas desde la perspectiva del principio de la presunción de inocencia; principalmente porque con este requisito —de difícil catalogación dogmática pues no forma parte de la conducta típica—, parece que se trata de resolver las dificultades que, en la persecución procesal, se plantean para aportar pruebas del paradero de la víctima, si bien haciendo recaer la existencia de las mismas en el *acusado*. No puede obviarse, que la previsión del requisito “salvo que la haya dejado en libertad” en parte compensa aquella inversión de la carga de la prueba, pero el acusado sigue expuesto a las vulneraciones de su presunción de inocencia citadas con anterioridad y por sí solas dimanantes de la exigencia de prueba de aquel otro requisito negativo, en el art. 166 CP.

Por todo ello, parece que el mantenimiento de vigencia del art. 166 CP podría pasar por configurar este delito en un sentido distinto, por ejemplo, como si de un *delito de duración indefinida* se tratase (v.gr. introduciendo el requisito de que la detención o el secuestro durara más de 30 días). Y en todo caso, convirtiendo lo que ahora puede ser un elemento contrario a la presunción de inocencia del reo —el requisito de no dar razón del paradero del detenido— en una suerte de compensación

o medida premial para el mismo. De modo que el hecho de dar razones del paradero del detenido le supusiera un beneficio penológico (v.gr. mitad inferior de la pena prevista para el tipo de privación de libertad de más de 30 días); si bien el no ofrecer dicha información, no implicaría la “sospecha” de que puede haberse cometido un homicidio (podría acudir a la pena por privación de libertad durante más de 30 días). Esta configuración limaría —quizás— asperezas respecto a la presunción de inocencia, pero no puede desconocerse que, sin embargo, plantearía asimismo otros problemas en torno a aquél pretendido “beneficio”. Por las dificultades expuestas se aconseja, en suma, una reflexión detenida sobre el mantenimiento de la propia vigencia del actual art. 166 CP.

## 12.3. El nuevo delito de matrimonio forzado: Art. 172 bis CP

MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU  
*Catedrática de Derecho Penal*  
*Universidad de Gramada*

---

### *Art. 172 bis del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE: TIPO BÁSICO DE COACCIONES

*Art. 172.1.*

*El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO: SUPUESTO TIPO AGRAVADO DE MATRIMONIO FORZADO

*Art. 172 bis*

*1. El que con violencia o intimidación grave compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.*

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

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión del nuevo art. 172 bis.*

#### IV. MOTIVACIÓN

Pese a la neutralidad con que aparece redactado el nuevo precepto, a nadie se oculta la complejidad de las conductas que pretende criminalizar, en particular, la de los padres que, siguiendo las pautas marcadas por su código cultural, conciertan los matrimonios de sus hijas al margen o en contra de su voluntad. Se crea así un nuevo delito cultural, con parecidas características a las del delito de mutilaciones genitales [art. 149,2)] que en su día ideó la reforma del Código penal 11/2003, de 29 de septiembre, en un intento de visibilizar —y estigmatizar— prácticas ancestrales de grupos culturales minoritarios, ahora también de origen normalmente extranjero (aunque a menudo se incluye a miembros de la etnia gitana pertenecientes a la comunidad nacional), que profesan tradiciones mayoritariamente relacionadas con el hinduismo o el Islam. Al tiempo en que el debate teórico de los expertos se centra en la necesidad de crear mecanismos de defensa cultural para atemperar el efecto discriminatorio del aparato penal en su aplicación a colectivos que están al margen de sus motivaciones normativas, el legislador da un nuevo paso adelante por la vía de una criminalización específica —dirigida explícitamente a ellos— que se sabe ineficaz pero que le permite alcanzar los consabidos efectos simbólicos y pedagógicos que, en realidad, se esperan de ella, bajo el falso pretexto de cumplir con las directrices establecidas por la Comunidad Internacional.

Hay múltiples razones que desaconsejan esta iniciativa normativa, que podrían resumirse del siguiente modo:

1. No es una reforma necesaria. Son muchas las evidencias que demuestran que el objetivo político criminal del legislador no ha sido cubrir un vacío legal en la tutela de los bienes jurídicos de las víctimas de los matrimonios forzados.

Los tipos genéricos de coacciones o amenazas cumplían suficientemente esa función —como también, eventualmente, los que tutelan la integridad moral o sexual de las personas— dado que la reforma no añade ningún plus de protección a esas víctimas supuestamente especiales. Ni contiene agravación alguna de la pena que podría quizás justificarse por la importancia del acto que se obliga a realizar (contraer matrimonio o salir del territorio con ese fin) o por la permanencia de los efectos que

se siguen del atentado que se perpetra a su libertad de decisión (soportar una “situación” de matrimonio impuesta), ni se realiza previsión alguna acerca de las víctimas más frecuentes y más vulnerables a estas prácticas, que son los menores de edad, sobre los que no queda explicitada la necesidad o no de prueba del forzamiento de su voluntad o el uso de la intimidación grave o engaño y que quedan desprotegidas por este precepto (piénsese en niñas de 12 a 16 años que se ven obligadas a contraer matrimonio con parientes o terceros que les duplican o triplican la edad).

El legislador se limita a conservar en el art. 172 bis las penas tradicionales del delito de coacciones —incluso la multa (que el Informe del Consejo General del Poder Judicial considera, con razón, desacertada, p. 167)— y a dar contenido y finalidad a una de las modalidades de su injusto —la de compeler a otro a efectuar lo que no quiere— añadiendo a la violencia típica que le es característica otras formas de comisión, como la intimidación grave o el engaño, que podrían conducir a delitos distintos, incluso más graves, como las amenazas (art. 171 CP), respecto a las que el nuevo tipo aparece como figura atenuada (una crítica que comparte también el Informe del Consejo General del Poder Judicial, p. 167) o, en su caso, los relacionados con la integridad moral de las personas (art. 173 CP).

Desde la perspectiva de la protección —supuestamente pretendida— de la libertad o la dignidad de sus víctimas, la iniciativa legislativa es, pues, inútil. Más aún si se tiene en cuenta que estas situaciones de matrimonio forzado podrían albergarse en el tipo cualificado vigente que castiga con penas agravadas “la coacción ejercida como objeto de impedir el ejercicio de un derecho fundamental” (art. 172, 2º CP), en este caso, el derecho a “elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento”, al que se refiere expresamente la exposición de motivos del Anteproyecto.

Pero hay, además, argumentos adicionales que confirman que la reforma no se ha propuesto en ningún momento atender las necesidades de tutela de las víctimas de los matrimonios forzados ni cumplir con los compromisos contraídos internacionalmente. De haber sido así, el anteproyecto se habría preocupado por cumplir con el compromiso internacional de salvaguardar sus derechos humanos frente a quienes las trasladan contra su voluntad en el marco típico más grave y más adecua-

do de la trata de personas (véase el Considerando n° 11 de la Directiva 2011/36/UE, invocada en su “exposición de motivos” y el Informe del Consejo General del Poder Judicial, p. 165). Y, sin embargo, ha omitido esa finalidad en el nuevo delito del art. 177 bis, 1 CP, sin plantear siquiera la posibilidad interpretativa de identificar los matrimonios forzados con algunas de sus formas de explotación características, como la “explotación sexual” o la “explotación mediante servidumbre”. En el mismo sentido se pronuncia el Informe de la Fiscalía General del Estado que alerta sobre el “efecto de solapamiento” que puede producirse entre algunas modalidades de ese tipo penal (donde los considera incluidos como “forma de servidumbre doméstica o sexual”, p. 135) y el nuevo art. 172 bis en su modalidad segunda de “utilizar violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo”, que podría prevalecer por razones de especialidad, beneficiando a sus autores (así también, el Informe del Consejo General del Poder Judicial, p. 165). El nuevo tipo penal queda sí configurado torpemente como un “tipo privilegiado” de trata.

Queda patente así que la pretensión penal de la reforma no es la de promover estrategias reales de lucha contra los matrimonios forzados —ni en el ámbito más neutro de la trata ni tampoco en el de las minorías étnicas que los reclaman como una práctica cultural propia— sino simplemente visibilizar a estas últimas como trasgresoras de un código cultural hegemónico a través de un mensaje de intolerancia que es conscientemente discriminatorio y estigmatizante. Ello nos lleva a la segunda de las conclusiones:

2. Es una reforma extremadamente ideológica. A falta de la búsqueda de efectos preventivo generales eficaces en la criminalización de las conductas que se describen en el nuevo art. 172 bis, la única conclusión posible es que los fines de la reforma son estrictamente pedagógicos y se orientan a transmitir a la sociedad un mensaje universalista de intolerancia “ética” y de rechazo social frente a las prácticas “bárbaras” de grupos culturalmente atrasados bajo el pretexto de tutelar a sus miembros más vulnerables. La supuesta preocupación por los derechos humanos de esas minorías de género en el seno de sus comunidades —la protección de las “minorías de las minorías”— no consigue ocultar el propósito legislativo preferente de ofrecer respuestas disuasorias —las del derecho

penal siempre lo son, dada su naturaleza de instrumento privilegiado de control— frente a los conflictos normativos que son característicos de nuestras sociedades multiculturales. El sentimiento de superioridad cultural se ve fortalecido por la cohesión de la mayoría en torno a los valores propios de su civilidad reafirmada. La pena cumple con el fin integrador que se espera de ella.

Los efectos negativos de esta criminalización simbólica son preocupantes en orden a la consecución de soluciones justas que amparen los inciertos derechos de los grupos culturales que están en situación de desventaja social, como confirma la tercera de las conclusiones posibles:

3. Es una reforma contraproducente. Esa repentina huida hacia una solución estrictamente punitiva del problema social de los matrimonios forzados elude las posibles contradicciones que representa para la vigencia de los criterios de justicia propios de un derecho penal respetuoso con la diversidad cultural. Las diferentes —y discutidas— soluciones que se expresan bajo la llamada “defensa cultural”, no se valoran en esta reforma. Como tampoco los efectos perversos que previsiblemente se seguirán de ella en orden a una creciente clandestinización de esas prácticas culturales minoritarias y al ocultamiento de sus víctimas, demasiado aisladas a menudo y carentes de recursos económicos y lingüísticos y de redes sociales de apoyo alternativas a las familiares y a las de su comunidad más próxima que —concebidas como “focos de riesgos”— verán fuertemente incrementados los mecanismos policiales de control y mermada —cuando no suprimida— su intimidad y su libertad de movimientos y de circulación por el efecto de la sospecha o, en su caso, de una condena que puede conllevar su expulsión del territorio nacional (art. 89,1 CP), la pérdida del permiso de residencia o de los derechos de patria potestad y tutela de sus hijos menores (art. 56, 3 CP)...

La indefensión de unas y otras sufrirá un importante incremento por obra de la reforma. También la de las víctimas, a merced de instancias institucionalizadas que incrementarán su aislamiento social (como los centros de atención a la infancia y la adolescencia de las respectivas comunidades autónomas) o abandonadas a su suerte sin el apoyo de servicios sociales y estrategias de ayuda que ofrezcan soluciones realistas a su situación de desvalimiento (un trabajo estable, casas de acogida u otros recursos asistenciales). Una vez más se hace patente en esta sede

la despreocupación del estado español por las directrices internacionales que establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos de género como éste de los matrimonios forzados (Considerando 17 de la Directiva 2012/29/UE) en el sentido de asegurarles prestaciones de apoyo sin necesidad de acudir a la denuncia penal (Considerando nº 40) y soluciones de ayuda y asistencia activa a partir de iniciativas múltiples (campañas de información y concienciación, programas de atención, formación y educación, búsqueda de colaboración con sus comunidades más próximas y sus referentes más significativos...) y acceso efectivo a los distintos servicios sociales y jurídicos entre los que se incluye la mediación, las conferencias de grupo familiar y otros de justicia reparadora (Considerandos nº 46 y 62).

Esta reforma tiene, en fin, el signo común de las estrategias penales que buscan remover la conciencia social de la inactividad estatal y crear un efecto tranquilizador sobre la inquietud pública con medidas eficientistas —de efecto pretendidamente “mágico”— que eluden afrontar el núcleo de los problemas sociales complejos al tiempo que persiguen liberar al estado de sus deberes sociales y asistenciales con quienes los sufren.

## 12.4. Acoso - stalking: Art 173 ter

**MARÍA ACALE SÁNCHEZ**

*Catedrática de Derecho penal  
Universidad de Cádiz*

**ROSARIO GÓMEZ LÓPEZ**

*Profesora de Derecho penal  
Universidad de Cádiz*

---

### *Art. 172 ter del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*No existe.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que, sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:*

*1º La aceche o busque su cercanía física.*

*2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.*

*3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.*

*4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.*

*5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.*

*2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena se impondrá en su mitad superior.*

*3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.*

*4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Sustitución:*

*“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:*

*1º La aceche o busque su cercanía física.*

*2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.*

*3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.*

*4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.*

*5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.*

*2. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.*

*3. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.*

### IV. MOTIVACIÓN

Se elimina la referencia a que el autor lleve a cabo estas conductas “sin estar legítimamente autorizado”: se trata de una cláusula de estilo que no aporta nada positivo, en la medida en que, en su caso, podría recurrirse a las causas de justificación para eximirle de responsabilidad criminal, sin necesidad de señalarlo expresamente, y sin embargo, aporta datos bastante negativos en la medida en que da a entender que se trata de conductas que en determinados supuestos, el ordenamiento jurídico autoriza su realización.

Asimismo, se elimina la referencia al delito de maltrato habitual. En efecto, el stalking es la etiqueta a la que se recurre en otros ordenamientos jurídicos para hacer frente a la violencia doméstica. Ahora bien, es difícil no vulnerar el principio non bis in ídem si se aplican conjuntamente.

## 12.5. Acoso - stalking: Art 173 ter

ANA GALDEANO SANTAMARÍA

Fiscal. Profesora Asociada

Universidad Carlos III de Madrid

---

### *Art. 172 ter del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

*Inexistente. Este artículo se introduce por primera vez con el Anteproyecto.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que, sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes, y de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:*

*1º La aceche o busque su cercanía física.*

*2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.*

*3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.*

*4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.*

*5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.*

*2. Cuando el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena se impondrá en su mitad superior.*

*3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.*

*4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes, alterando objetiva y gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:*

*1º La aceche o busque su cercanía física.*

*2º Establezca o intenta establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.*

*3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.*

*4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.*

*5º Se suprime.*

*Se suprime la cláusula concursal, del punto dos del Anteproyecto*

*2. Cuando el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena se impondrá en su mitad superior y no podrá imponerse pena de multa.*

*3. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo que la víctima sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 de este Código. Cuando la víctima sea menor de edad o persona con discapacidad, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.*

### IV. MOTIVACIÓN

Entiendo que existe varias conductas que actualmente tiene difícil encuadre en otras figuras delictiva y por tanto es necesario regular el delito de hostigamiento, pero el Legislador tiene que hacer un esfuerzo en regularlo dentro de márgenes claros y concretos, bien perfilados, para evitar que el Derecho Penal intervenga para proteger situaciones que son simples molestias (como así son denominadas por la profesora Ángela Matallín Evangelio), o chantajes emocionales. No debe describirse el tipo penal dando a entender que conductas en él reguladas pueden tener una respuesta penal en otras figuras delictivas, pues, entonces, este delito sobra.

1ª Objeción: El Legislador tiene concretar el bien jurídico protegido. Si lo que se protege es el ataque contra la libertad, como capacidad de

obrar y decidir libremente, o crea una figura híbrida entre las amenazas y coacciones, o si realmente estamos ante un subtipo de amenazas. En la Exposición de Motivos se expresa que este artículo tiene como finalidad sancionar aquellas conductas que se producen de forma reiterada y que puede lesionar gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima. El Legislador debe concretar o explicar en la Exposición de Motivos que no se protege dicho bien en la extensión y con la intensidad que lo hace el delito de coacciones del art 172.1. Estamos ante una figura que ataca también el sentimiento de seguridad de la víctima y simultáneamente el de libertad. Este tipo ataca el derecho al sosiego y tranquilidad personal, interfiriendo simultáneamente la conducta delictiva, en el proceso de formación de la voluntad de la víctima, atacando directamente su libertad. Realmente lo que se protege son limitaciones a la libertad de la víctima sin llegar a anularla, estando muy condicionada esa libertad por los sentimientos de intranquilidad, desasosiego. Serán pues, las influencias muy severas sobre el actuar de la víctima —que impliquen un ataque a su derecho de seguridad—, que de manera reiterada e insistente y alterando gravemente el desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo, lo que podrá ser castigado como un subtipo de coacción, sin exigir que dichas conductas sean incompatibles con la libertad de actuar de la víctima. Pero la cuestión que debe aclarar el Legislador es si es un subtipo de coacción o realmente lo que define es un subtipo de amenazas o incluso si es una figura híbrida entre ambas. No es clara, ni correcta la inclusión de este tipo entre los delitos de coacciones.

2ª Objeción: ha de determinar qué ha de entenderse por “atentar gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”. Entiendo que es elemento determinante, nuclear y principal de tipo. Este elemento no es definido por el Legislador, utiliza un concepto jurídico indeterminado. Concepto que es novedoso en la legislación penal. No hay jurisprudencia que defina el mismo y por la pena de esta figura delictiva, es difícil que pueda conocerlo, vía recurso de casación, El Tribunal Supremo. Por tanto, deja nuevamente, en manos de la jurisprudencia menor el complementar su contenido, con la consiguiente inseguridad jurídica.

3ª Objeción: es la utilización de una cláusula general del punto quinto, donde puedan entrar otras conductas análogas a las anteriores. La ausencia de definición atenta el principio de taxatividad, pero además en

la Exposición de Motivos no explica a qué tipo de analogía se refiere. Ha de tenerse presente, en este caso, el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

4ª Objeción: es la cláusula concursal del punto tercero. Las conductas a sancionar no deben constituir por si otras figuras delictivas, pues entonces sobra el artículo. Pero si algún hecho que acompañara al hostigamiento (y por tanto abarcado por su dolo) tuviera entidad propia para ser otro delito, por progresión delictiva debe quedar absorbido en el art. 172ter. Cualquier otra interpretación vulneraría el principio non bis in ídem.

5ª Objeción: consiste en la configuración del delito de hostigamiento como un delito de resultado “y de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”. Entiendo más correcta la fórmula alteración de la vida cotidiana objetivamente. Es decir, que las conductas realizadas fueran suficientes para que un hombre medio viera alterada gravemente su vida cotidiana.

6ª Objeción: la pena de multa en el ámbito de la violencia de género, colisiona con el tratamiento punitivo especial que se establecía en esta materia hasta este Anteproyecto.

7ª Objeción: La exigencia de denuncia previa en el ámbito de violencia doméstica o de género, no es correcta.

8ª Objeción: El Ministerio Fiscal puede denunciar cuando la víctima sea menor de edad o persona con discapacidad.

9ª Objeción: la inadecuada expresión “sin estar legítimamente autorizado a acosar”

## V. JUSTIFICACIÓN DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO O ACECHO

### *V.1. El bien jurídico protegido*

Pese a la amplitud del tipo coacciones, regulado en el título 172.1 del Código Penal, catalogado como un cajón de sastre por parte de la doctrina científica y jurisprudencial, lo cierto, es que el bien jurídico que

protege, impedía en el momento actual, dar cabida a múltiples conductas y actuaciones que eran compatibles con la libertad de actuar de la víctima.

El bien jurídico protegido en el delito de coacciones es la libertad del sujeto pasivo. Se protege por tanto todo ataque a la libertad de obrar o de actuar del sujeto pasivo. Las conductas que no impiden la libertad de actuar de la víctima y por tanto no eran incompatibles con ella, no tenían, o tenían grandes dificultades para encuadrarse legalmente en el art. 172.

Es en el ámbito de la violencia de género, cuando se empiezan observar que determinadas conductas de los sujetos agentes, constituían influencias muy severas en el actuar posterior de las víctimas, llegando incluso a alterar el desarrollo de su vida cotidiana, pero sin llegar a anular de manera absoluta su libertad. Así reiteradas y múltiples llamadas telefónicas, incluso a altas horas de la madrugada a una ex pareja sentimental, quien había puesto claramente de manifiesto la ruptura de la relación, imponiéndosele, contra su voluntad la presencia de la pareja despedido, incluso dificultando sus sueño, su paz y su libertad de no querer hablar con el actor, eran rechazados como actos constitutivos de coacción por un amplio sector de la jurisprudencia.

Con la introducción de este nuevo artículo, aunque el bien jurídico protegido siga siendo la libertad de la víctima, ésta se protege aunque la libertad de actuar u obrar de la víctima no se anule, llegando la libertad a ser compatible con las conductas típicas. Serán pues, las influencias muy severas sobre el actuar de la víctima, que de manera reiterada e insistente y alterando gravemente el desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo, lo que podrá ser castigado como coacción menor, sin exigir que dichas conductas sean incompatibles con la libertad de actuar de la víctima. Esa influencia muy severa, para tener relevancia penal tiene que atacar también el sentimiento de seguridad de la víctima. En definitiva también se ataca con esas conductas el sentimiento de seguridad, el derecho al sosiego y tranquilidad personal, interfiriendo simultáneamente la conducta delictiva, en el proceso de formación de su voluntad atacando directamente la libertad de la víctima. Por ello, el bien jurídico puede ser también la seguridad o un bien jurídico mixto entre libertad y seguridad. El Legislador debe aclararlo y ubicar correctamente el tipo en el

capítulo correspondiente. Para ello lo primero que tiene que concretar es el bien jurídico protegido.

Si no se concluye que el Anteproyecto, en este artículo, lo que permite es una mayor protección de esa libertad y de seguridad personal, sin que se exija en este artículo la anulación de la libertad de actuar, protegida en el art. 172.1., este artículo carece de sentido.

El Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia ha declarado: *“la violencia como medio comisivo de la coacción puede serlo tanto física como moral, esta última a través de una intimidación personal e incluso a través de las cosas, siempre que de alguna manera afecte a la libertad de obrar o a la capacidad de actuar del sujeto activo* (sentencia de 11 de marzo de 1999, sentencia de 5 de mayo de 2003), *coacción moral que excluye el ejercicio del derecho a la libertad del coaccionado* (sentencia del 15 de marzo de 2006, y sentencia de 15 de octubre de 2008 que recoge la doctrina de la sentencia de 28 de febrero de 1998). Finalmente, la sentencia de STS 214/2011 de 23 de febrero establece que la violencia moral que se considera apta como medio comisivo de la coacción, *lo es en cuanto a la advertencia de un mal inminente que provoca un estado de temor o miedo incompatible con la libertad de elegir el comportamiento propio*.

Por ello, cualquier actuación del sujeto activo que fuera compatible con la capacidad de actuar o de obrar de la víctima, pues no se ha anulado, nunca podría constituir un delito de coacciones.

Con este nuevo artículo bastaría con la realización de forma insistente y reiterada de alguna de las cuatro actuaciones que describe como acoso, siempre que ello produzca la alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo, para que se pudiera imputar el hecho delictivo.

La Exposición de Motivos, justifica este nuevo delito en el siguiente sentido. Argumenta el Legislador que el fin que justifica este artículo, es sancionar aquellas conductas que se producen de forma reiterada y que puede lesionar gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, y que en muchas ocasiones no puede castigarse como delito de amenazas o coacciones porque no llega a producirse necesariamente el anuncio explícito de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coac-

ciones). Ahora bien, con esta breve justificación por el Legislador, se está poniendo de manifiesto que considera que el tipo penal es mixto y protege simultáneamente el bien jurídico de la seguridad y el de la libertad. Sin explicar porqué no lo configura dentro del delito de amenazas, que sería lo más adecuado a la vista de la Exposición de Motivos, o crea una figura híbrida a caballo entre las coacciones y las amenazas, como reflexionó la profesora Ana Gutiérrez Castañeda.

## ***V.2. La expresión no estar legítimamente autorizado para acosar***

Entendemos que en la expresión utilizada por el Anteproyecto “el que sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona”, es del todo desafortunada. Nadie está legítimamente autorizado para acosar.

Se podría reprochar a esta afirmación, que en el tipo básico de la coacción, el Legislador, desde la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, ha utilizado una fórmula semejante al definir la coacción: “el que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiere”. Pero en este caso si existe una previsión legal y por tanto una legitimación que autoriza la coacción. Dentro de las funciones que tiene la Administración, además de la administrativa y la de fomento, existe la función de compulsión o coactiva que legitima el empleo incluso de fuerza física o de intimidación para que la administración pueda ejecutar sus mandatos. Ésta función coactiva se circunscribe principalmente al ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que dentro de los límites del legítimo ejercicio de su deber y de infligir el menor perjuicio, pueden ejercer coacción para el cumplimiento de sus órdenes. La autorización legítima de la coacción, está regulada por tanto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la Ley Orgánica 1/1992 de Seguridad Ciudadana de 21 de febrero y, demás normativa relativa al funcionamiento y actuación de las Policías Locales. Pero no existe ninguna legislación que legitime a nadie a acosar.

Entiendo, por ello, que no es adecuada la expresión, y puede hacer pensar que alguna conducta de acoso sea legítima, cuando no es así. Además, para poder hablar de un delito de hostigamiento o de acoso, se tendrían que dar todas las exigencias y requisitos legales que esta-

blece este artículo, que son muchos. No solamente se tiene que realizar alguna de las conductas descritas, sino que se tienen que realizar de manera insistente y reiterada, a lo que hay que añadir que dichos comportamientos tienen que afectar de manera grave el desarrollo de la vida cotidiana de una persona. Por ello la omisión de esta expresión, nunca podría plantear duda alguna sobre si alguna conducta o una actuación aislada, que indebidamente alguien pudiera calificar de acoso, pueda ser constitutiva de delito ante los numerosos requisitos que exige el tipo penal, y de existir cabría aplicar alguna causa de justificación legal.

Por ello, se recomienda su supresión.

### *V.3. Supresión de la cláusula concursal*

Se propone la supresión del punto tercero. No se debe penar este delito y además los posibles delitos que se puedan cometer al acosar. Estaríamos ante un concurso de leyes a resolver conforme los principios establecidos en el art. 8 del CP. Había una progresión delictiva y cualquier actuación que tuviera autonomía para constituir otro delito debería ser absorbida por el acoso, al estar abarcado por su dolo, o por el delito al que se le imponga mayor pena. De lo contrario estaríamos ante supuestos de non bis in ídem.

Además las conductas descritas en los cuatro puntos ordinales del artículo, entiendo que han de ser atentados al patrimonio, la libertad, la intimidad, que no puedan constituir per se otras figuras delictivas. Por ejemplo, los ataques a la libertad, mediante una reiterada comunicación o seguimiento, no pueden ser supuestos que encajen en una lesión psíquica, por haber generado en la víctima un menoscabo en su salud mental, como estados de ansiedad, depresión..., ello sería un delito de lesiones psíquicas. Los atentados contra el patrimonio, deben circunscribirse a apropiaciones de uso (coger o apoderarse de un bolso con el fin de encontrar algo dentro que le dé información, devolviendo más tarde el bolso, cartera..., quitar temporalmente un móvil para que no pueda recibir llamadas o no poder realizarlas temporalmente...). Utilización de datos que no impliquen la revelación de secretos, ni un delito de usurpación de estado civil o que constituya el instrumento para cometer estafa, apropiación indebida o falsedad documental.

Los constantes golpes en puerta y paredes, rompiendo objetos en el interior de la vivienda, arrojando mobiliario contra el suelo, y por tanto causando daños en bienes propios, o en los bienes gananciales o en los bienes comunes de la unión de hecho, creando un ambiente coactivo, que no pueda constituir un delito de daños al ser el objeto propiedad del sujeto activo o formar parte de una masa indivisa.

La clave de este delito es el contenido y definición que se dé al elemento alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana. En la Exposición de Motivos nada se dice, por lo que tendrá que ser el Tribunal Supremo quien lo concrete, salvo que el Legislador quiera (debe) orientarnos.

#### *V.4. Definición muy genérica. Supresión del punto quinto*

El Legislador en este caso define el acoso a través de cuatro conductas y respecto de las mismas impone dos requisitos previos, la realización de las mismas de manera insistente y reiterada y que con ello se altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana.

Aunque no lo concreta, y será finalmente la jurisprudencia quien lo delimite, no parece que la reiteración e insistencia tenga que ser de la misma conducta, pudiendo el sujeto agente realizar conductas que encajen perfectamente en todos y cada uno de los tipos aunque alguna de ellas no sea reiterada, pero que en su totalidad dan lugar a un comportamiento insistente.

Nuevamente, El Legislador utiliza una fórmula muy abierta y aunque aparentemente parece que describe con claridad el acoso, finalmente, utiliza una definición abierta o cajón de sastre, con la expresión de conductas análogas a las anteriores. Esta técnica de ausencia de descripción y definiciones genéricas, con la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en los apartados anteriores, siempre ha sido rechazada por la doctrina, pues generan inseguridad jurídica. Hoy por hoy, lo único que podemos decir es que esta conducta análoga debe ser reiterada y producir una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo.

Por ello nos planteamos si a través de éste punto quinto se van a poder incluir los chantajes emocionales, es decir, las advertencias que no

se refieren a un mal propio, sino a un mal sobre el propio sujeto que lo anuncia, como por ejemplo, los supuestos en el que sujeto activo advierte que se causará la muerte, suicidándose. En este caso el sujeto pasivo no se le puede causar miedo o temor, pues el mal anunciado no es sobre sí mismo, pero sí que está generando sentimientos de compasión pena o lástima por un mal ajeno, influyendo a través de ellos sobre la decisión libre de la persona acosada. La cuestión a plantear es, por tanto, si el tipo es lo suficientemente amplio para que conductas como las descritas tengan cabida en él. Se podría imputar un delito de este artículo, cuando el actor reitera que se va a suicidar a una persona a la que se tiene o ha tenido un afecto, por ejemplo, si no vuelve con él. Con ello, el sujeto activo ejerce una influencia mayor o menor en la decisión de la víctima, que aunque no limitan propiamente su libertad de decidir, si producen unos sentimientos de compasión, pena o lástima que influye sobre la decisión libre del sujeto pasivo e incluso pueden alterar gravemente su vida cotidiana, al actuar influido por dicho chantaje emocional.

Extender hasta este punto, la protección del bien jurídico, en mi opinión es desproporcionado, como actualmente declara la STS 214/2011 de 23 de febrero sin embargo, el ejemplo que se expone es muy recurrente en la práctica. Las conductas descritas en el Anteproyecto son lo suficientemente numerosas y abarcan no sólo ámbitos personales sino también patrimoniales como para que el Legislador tenga que utilizar una cláusula de estilo tan abierta. Máxime cuando no explica el tipo de analogía a la que se refiere, ni mucho menos el ámbito de protección del bien jurídico que pretende con este artículo. Por todo ello, y a fin de no ampliar en exceso el ámbito de la protección por el derecho penal de la libertad personal, propugnamos la supresión de este punto quinto.

### *V.5. Alterando, objetiva y gravemente, su vida cotidiana*

Otra cuestión que no queda suficientemente clara en la redacción del artículo, es si el requisito de alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana es **EL RESULTADO DEL DELITO** y por ello ha de acreditarse el resultado concreto producido.

Literalmente el artículo exige, “...y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”. Parece que al Legislador no le impor-

ta tanto la reiteración o insistencia, es decir, el número de veces que el sujeto realice la conducta, sino que la misma haya alterado gravemente el desarrollo de la vida cotidiana. Es decir que hay que probar esa alteración de la vida cotidiana, sin que baste con que objetivamente esas conductas, en un hombre medio, hubieran producido una alteración de su vida cotidiana.

Como el Legislador en la Exposición de Motivos hace una referencia genérica a la inclusión de este artículo, no queda claro cuál es el espíritu de la norma, pero si la misma tiene su origen precisamente en el vacío legal que se había constatado, como hemos dicho anteriormente, sobre todo en materia de violencia doméstica y/o género, sería más razonable que se entendiera que el elemento sea objetivo.

No siempre que una víctima reciba reiteradas llamadas de teléfono o mensajes en su correo, que alteran gravemente su sentimiento de libertad, alterando incluso su descanso nocturno, su paz y sosiego, imponiendo la presencia de un individuo contra la voluntad de la víctima y dificultando por ello su capacidad de decisión, tiene que llevar aparejado que la misma haya de cambiar su número de teléfono móvil y su dirección de correo electrónico, además de todas las cuentas que pueda tener a través de la red informática, como manifestación exterior de la alteración de su vida cotidiana. Quizás, su vida laboral depende precisamente de estos medios de comunicación y su cambio pueda acarrearle graves problemas en su ámbito laboral e incluso personal, sin poder permitírsele.

Entiendo que la propuesta de alterando objetiva y gravemente el desarrollo de la vida cotidiana es más correcta.

#### ***V.6. La pena de multa en violencia de género***

El Legislador en el punto segundo del artículo 172 ter no distingue entre violencia de género y violencia doméstica y prescribe la misma pena en ambos casos, estableciendo que la misma sea en su mitad superior.

De esta manera el Legislador del Anteproyecto se separa, sin justificarlo en su Exposición de Motivos, del diferente tratamiento punitivo que se venía realizando a lo largo de las múltiples reformas legislativas en materia de violencia de género y violencia doméstica. Como todos

sabemos, los anteriores legisladores establecían el mismo tope máximo punitivo, si bien, el límite inferior de la pena era siempre más elevado en violencia de género que en violencia doméstica.

Insistimos, que ante la ausencia de cualquier tipo de explicación en la Exposición de Motivos, nos hace dudar si la falta de diferenciación de penas se debe a algún fundamento o simplemente es un nuevo error involuntario del Legislador en esta materia.

En cualquier caso, lo que es contrario a toda la legislación penal anterior en materia de violencia de género, es la posibilidad de imponer una pena de multa. No solamente porque no está previsto, ni establecido en ninguno de los artículos referidas a esta materia, sino porque el vigente artículo 88 del Código Penal, cuando permite la sustitución de las penas privativas de libertad expresamente establece en el último párrafo del punto primero del mencionado artículo, que la pena de prisión sólo puede ser sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente. Excepción que sólo juega en esta materia y no en ningún otro ámbito, incluida la violencia doméstica.

Me remito a la reflexión que realizo en la enmienda del art. 153, en relación con el régimen de suspensión de la pena privativa de libertad que se recoge en el Anteproyecto en materia de violencia de género.

#### ***V.7. Exigencia de denuncia previa. Improcedente en los supuestos del Art. 172 ter.2. y cuando la víctima sea menor de edad o persona con discapacidad***

La investigación y enjuiciamiento del delito regulado en este artículo exige el previo requisito de procedibilidad de la denuncia de la persona ofendida o de su representante.

Son dos las cuestiones que llaman la atención en esta exigencia redactada en el punto cuarto de este artículo:

1º En relación con la protección del Ministerio Fiscal de los menores o personas con discapacidad que sean las víctimas de este delito y que pueda ser el Ministerio Público, quien pueda interponer la previa denuncia, me remito a mis reflexiones expuestas en la enmienda al art. 147.1.

2º El espíritu de la Legislación de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral de Violencia de Género, así como toda la legislación introducida por las diversas reformas en materia de violencia de género y/o doméstica y la especialización establecida en esta Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral es contraria a la exigencia de una denuncia previa de la víctima para poder investigar, instruir y enjuiciar cualquier delito de dicho ámbito.

Aunque es cierto, que mientras no se modifique la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el fin de circunscribir al ámbito de la competencia objetiva y material de la jurisdicción especializada en violencia de género, es decir, a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, los hechos imputados al amparo de este nuevo artículo, tal como está redactado el artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no podrán ser instruidos, ni enjuiciados, por la jurisdicción especializada. Este delito no es considerado un delito de coacciones propiamente dicho sino de hostigamiento o de acecho, como los denomina el Anteproyecto, y como estos hechos no se cometen con violencia o intimidación sobre la mujer, no son competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Sería razonable, que la entrada en vigor de esta reforma llevara consigo una modificación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuyéndose a la jurisdicción especializada de violencia de género los supuestos del punto segundo de este artículo.

En tal caso, y de conformidad con el espíritu de la legislación de Protección Integral de Violencia de Género, no se podrá exigir la previa denuncia de la víctima. En aras del principio de igualdad, y teniendo la misma condición de vulnerabilidad las víctimas en el ámbito de violencia doméstica, este requisito de previa denuncia tampoco debería de ser exigido en esos casos.

En este sentido se ha pronunciado el grupo de expertos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, en su informe acerca de este Anteproyecto. En una propuesta sobre competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, establecen que la vista de los nuevos tipos penales de acoso u hostigamiento y otros delitos, proponen que la instrucción de los mismos corresponda a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, considerando conveniente la inclusión ex-

presa en el catálogo de delitos que menciona el apartado 1 a) del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en el artículo 14.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## 12.6. Acoso - stalking: Art 173 ter

ANA GUTIÉRREZ CASTAÑEDA

Profesora Ayudante Doctora

Universidad de Cantabria

---

### I. TEXTO VIGENTE

No existe

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 172 ter:

1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que, sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1º La aceche o busque su cercanía física.

2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena se impondrá en su mitad superior.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión*

#### IV. MOTIVACIÓN

Tal y como expresa la Exposición de Motivos del Anteproyecto y han afirmado el CGPJ y el Consejo Fiscal en sus respectivos informes, la tipificación de esta nueva modalidad de acoso responde a la necesidad de sancionar comportamientos que no siempre obtienen una respuesta adecuada a través de los tipos penales existentes (especialmente los de amenazas, coacciones, maltrato habitual o incluso algunos delitos contra el patrimonio); tipos que en la mayoría de los casos sólo permiten sancionar algunos de los actos realizados contra la persona acosada — los que tienen por sí mismos relevancia penal— pero no el acoso en sí mismo.

Sin embargo, el tipo propuesto adolece de importantes deficiencias cuya superación exigiría llevar a cabo una reflexión profunda acerca de las líneas generales de la intervención penal en materia de acoso que debería realizarse a partir de un concepto jurídico-penal de acoso que —a la vista de la dispersión de tipos penales existente— aún no está ni muchísimo menos asentado. La falta de esta reflexión previa ha conducido a la inclusión en el art. 172 ter de un delito que, además de ser poco taxativo, equipara conductas de muy diversa gravedad; no define adecuadamente el modo en el que estas conductas han de realizarse ni el resultado típico; incluye una cláusula concursal que puede conducir a graves vulneraciones de la prohibición de *bis in ídem*; y, en definitiva, puede conducir a la incriminación de comportamientos molestos, pero que en modo alguno alcanzan la gravedad necesaria para recibir una sanción penal.

Por todo ello, aun reconociendo la necesidad de sancionar penalmente el acoso, se considera preferible la supresión del delito.

## V. NOTAS CRÍTICAS SOBRE EL ART. 172 TER DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE 2012

El Anteproyecto introduce en el Capítulo III del Título VI del Libro II del Código Penal un nuevo tipo delictivo que incrimina una modalidad de acoso a la que la doctrina suele referirse como *stalking* o acoso persecutorio y a la que los tipos penales existentes no siempre permiten dar una respuesta adecuada. La inclusión de este nuevo delito vendría así a reforzar la intervención penal en materia de acoso, que se inició en 1995 con la tipificación del acoso sexual y se intensificó notablemente con la LO 5/2010, de 22 de junio, que introdujo el acoso laboral (art. 173.1.II CP), el acoso inmobiliario (art. 173.1.III CP) y el acoso a menores a través de internet y otros medios de comunicación (art. 183 bis CP). La introducción de estos delitos —y muy especialmente la del acoso laboral e inmobiliario— puso ya sobre la mesa la necesidad de llevar a cabo una reflexión acerca del concepto de acoso y de las líneas generales que han de vertebrar la intervención penal en esta materia, en la medida en que tanto su ubicación sistemática —entre los delitos contra la integridad moral— como la propia configuración de los tipos diferían sustancialmente del único de delito al que el Legislador había designado como acoso: el acoso sexual. Esta situación se ve agravada como consecuencia de la introducción del nuevo art. 173 ter por el Anteproyecto, que tiene una ubicación sistemática y una configuración típica radicalmente distintas a la de los restantes tipos de acoso.

Siguiendo el modelo adoptado en Alemania e Italia, el nuevo delito introducido por el Anteproyecto se ha ubicado entre los delitos contra la libertad, con lo que nuestro Pre-legislador parece acoger una extendida opinión doctrinal (por todos, PÉREZ MACHÍO, 2007, 4), según la cual es preciso distinguir entre acoso moral —atentatorio contra la integridad moral y caracterizado por la producción de sentimientos de humillación y envilecimiento en el sujeto pasivo— y acoso psicológico —atentatorio contra la libertad personal y caracterizado por la desestabilización emocional del sujeto pasivo a través de la producción de sentimientos de inseguridad o temor—, inscribiendo el acoso laboral e inmobiliario en la primera categoría y el denominado *stalking* en la segunda. Sin perjuicio de que considero de escasa utilidad esta distin-

ción, comparto plenamente la consideración del *stalking* como un delito contra la libertad, ya que —sin perjuicio de que puedan verse afectados otros bienes jurídicos como, por ejemplo, el honor, la integridad moral o la intimidad— constituye una forma de ataque a la libertad de la persona: mediante la realización reiterada y sistemática de conductas aparentemente inocuas —por ejemplo, envío de mensajes, búsqueda de proximidad física o realización de llamadas— se infunden en el sujeto pasivo sentimientos de angustia y temor que pueden alterar gravemente el proceso de adopción y ejecución de sus decisiones. Así parece haberlo entendido el Pre-legislador, que ha regulado el *stalking* en el capítulo dedicado a las coacciones. Sin embargo, en mi opinión, nos encontramos ante una modalidad de ataque a la libertad dotada de unas características peculiares que invitan a considerarlo una suerte de híbrido entre las amenazas y las coacciones y que, por ello, debería regularse en un capítulo independiente que llevara por rúbrica “Del acoso”. En este sentido, conviene tener en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, en las situaciones de auténtico acoso —al menos tal y como yo lo entiendo— no es posible hablar de la existencia de un anuncio de un mal en sentido estricto, sino únicamente de la creación de una situación o contexto intimidatorio para la persona acosada, que teme el acaecimiento de un mal indeterminado e incierto en cuanto al momento y forma de aparición —lo que puede incluso afectar más gravemente a su libertad personal—.

En segundo lugar, teniendo en cuenta lo que se dirá posteriormente sobre el concepto de acoso, no existe violencia explícita y, además, no es necesario que la conducta del sujeto activo se dirija a obligar a la persona acosada a realizar una conducta no deseada o a impedirle realizar una conducta determinada.

Estas consideraciones relativas a la concepción del *stalking* como un delito contra la libertad son extensibles, a mi juicio, al acoso inmobiliario y laboral, a los que —pese a que algunos autores los han considerado modalidades de acoso moral— no es consustancial la humillación del sujeto pasivo. En este sentido, entiendo que, por más que esta humillación pueda producirse en muchos casos —como también en el *stalking*, por ejemplo, haciendo que otros llamen a la víctima solicitando sus servicios sexuales o difundiendo determinadas informaciones por

internet—, lo esencial es el ataque a su libertad y la perturbación del normal desarrollo de su vida en el ámbito laboral o del disfrute legítimo de su vivienda.

En otro orden de consideraciones, y tal y como apunté ya en la motivación de la enmienda, el nuevo art. 172 ter pone de manifiesto la inexistencia de un concepto jurídico-penal de acoso lo suficientemente preciso y consolidado, cuya elaboración constituye un punto de partida ineludible para diseñar una intervención penal adecuada, no sólo en materia de *stalking*, sino también de acoso laboral e inmobiliario. Ahora bien, para que pueda servir a este objetivo este concepto habrá de reunir dos características esenciales: en primer lugar, deberá tener la suficiente autonomía como para permitirnos diferenciar el acoso de otros fenómenos delictivos que encuentran respuesta penal a través de otros delitos y que, aunque en ocasiones puedan integrar un proceso de acoso, no constituyen en absoluto su núcleo esencial; y, en segundo lugar, habrá de estar dotado del suficiente contenido material como para permitirnos identificar con precisión sus elementos definidores y cumplir así con las exigencias de taxatividad que se derivan del principio de legalidad penal. Estas dos exigencias de autonomía y taxatividad nos impiden construir el concepto de acoso únicamente sobre la base de la ausencia de agresión física o sobre la idea de la mera molestia o persecución de la víctima, obligándonos a realizar un importante esfuerzo para establecer con claridad los concretos elementos definidores de este fenómeno, cuya tipificación expresa sólo tiene sentido si permite sancionar comportamientos que no son constitutivos de otras infracciones penales.

A estos efectos resulta de enorme utilidad acudir al significado gramatical del término a interpretar. De acuerdo con el Diccionario de la RAE “acosar” significa “perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona” (primera acepción) o “perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos (tercera acepción). De ambas definiciones podemos inferir que se denomina acoso a la persecución u hostigamiento de una persona y que la reiteración es un elemento esencial del mismo. Junto al significado gramatical del término, también resulta de utilidad acudir a las aportaciones que en materia de acoso se han realizado desde la psiquiatría y la psicología que, sin perjuicio de la existencia de matices cuya exposición excede el objetivo de estas pá-

ginas, pueden sintetizarse en dos: en primer lugar, la consideración del acoso como un proceso integrado por acciones diversas que se reiteran a lo largo del tiempo y, en segundo lugar, el carácter no esencial de la violencia explícita y mucho menos de la violencia física (por todos, HIRIGROYEN, 1999, 12 y ss.).

Teniendo en cuenta lo dicho hasta aquí, entiendo que la regulación penal del *stalking* —y, aunque ello no es objeto de estas páginas, del acoso laboral e inmobiliario— debería partir de una concepción del acoso limitada al conjunto de acciones u omisiones individualmente inocuas o irrelevantes que, en la medida en que conforman una estrategia sistemática de persecución de una persona, atentan con su libertad. El concepto acabado de esbozar gira en torno a dos elementos que, a mi juicio, resultan esenciales para evitar algunos de los problemas a los que está abocado el proyectado art. 172 ter y que han sido apuntados en la motivación de la enmienda.

En primer lugar, debe existir una estrategia sistemática de persecución (DE LA CUESTA AGUADO, 2004, 123-124) que, al erigirse en el elemento esencial del acoso, desplaza a un segundo plano las características concretas de las diversas acciones llevadas a cabo por el acosador. La inclusión de este elemento en la definición del acoso tendría como consecuencia la exigencia de una reiteración sistemática de las acciones, requerimiento típico que va más allá de la mera reiteración y que supone la existencia de una estrategia de hostigamiento integrada por distintas acciones dirigidas al logro de una determinada finalidad que constituiría el vínculo o nexo de unión entre las distintas acciones particulares, dotándolas de su verdadero contenido significativo. Esta finalidad puede ser muy variada y no tendría por qué integrarse en el tipo a través de la inclusión de un elemento subjetivo del injusto.

En segundo lugar, y sin perjuicio de que en algún caso puedan concurrir con alguna conducta que aisladamente considerada sea penalmente relevante (como, por ejemplo, un allanamiento de morada o unos daños), las concretas acciones integrantes de la estrategia de acoso han de ser penalmente irrelevantes, pudiendo consistir en comportamientos cotidianos y totalmente inocuos. Ello implicaría la exclusión de conductas que, aisladamente consideradas, poseen trascendencia penal y que ya son objeto de sanción a través de otras figuras delictivas, lo que permiti-

ría eludir el riesgo de infracción la prohibición de *bis in ídem* a que conduce la cláusula concursal incluida en el art. 172 ter del Anteproyecto.

Finalmente, ha de destacarse que sólo si el *stalking* es delimitado y configurado de acuerdo con los criterios expuestos se eliminaría cualquier duda acerca de la necesidad de su incriminación específica basada en la existencia actual de algunas figuras delictivas a través de las cuales podrían sancionarse estos comportamientos, entre las que ocupan un lugar destacado los delitos de amenazas, coacciones, maltrato habitual en el ámbito doméstico y trato degradante.

Por lo que se refiere a los dos primeros delitos, las consideraciones realizadas más atrás en relación a la ubicación sistemática del proyectado delito de *stalking* y a su consideración como una modalidad de ataque a la libertad distinta a las recogidas en los tipos de amenazas y coacciones ponen en evidencia la inadecuación de éstos para responder adecuadamente a las conductas de acoso; y ello por más en algunas ocasiones éstas hayan sido reconducidas por la Jurisprudencia a las coacciones, llevando hasta sus últimas consecuencias una interpretación del término “violencia” que, a juicio de un amplio sector de nuestra doctrina, no puede compartirse.

En cuanto al delito de trato degradante —al que han tratado de reconducirse también el acoso laboral e inmobiliario—, su inidoneidad para sancionar supuestos de *stalking* trae causa principalmente tanto del bien jurídico protegido como del concepto de trato degradante. En este sentido, no podemos perder de vista que, tal y como lo hemos configurado, el acoso constituye un delito en el que el bien jurídico comprometido no es la integridad moral, sino la libertad de la persona y que no exige el sometimiento del sujeto pasivo a situaciones que le provoquen sentimientos de humillación o envilecimiento (VILLACAMPA ESTIARTE, 2009, 259 y ss.).

Pero tampoco el delito de maltrato habitual en el ámbito doméstico del art. 173.2 Cp puede considerarse suficiente en orden a considerar injustificada la tipificación expresa del *stalking*, en la medida en que, aun cuando las conductas propias de éste pudieran ser consideradas como ejercicio de violencia psíquica —lo que dependerá de la posición más o menos restrictiva que se adopte en relación con el alcance de este elemento—, la exigencia de un determinado vínculo entre los sujetos activo

y pasivo dejaría sin respuesta los casos de acoso entre desconocidos o entre personas unidas simplemente por relaciones de amistad (VILLACAMPA ESTIARTE, 1999, 273 y ss.).

## BIBLIOGRAFÍA

- DE LA CUESTA AGUADO, P. M. “Derecho Penal y acoso en el ámbito laboral”, en De la Cuesta Aguado, P. M./ Pérez del Río, T. (coords.) *Violencia y género en el trabajo. Respuestas jurídicas a problemas sociales*, Sevilla, 2004.
- HIRIGOYEN, M. F. *El acoso moral: el maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Madrid, 1999
- PÉREZ MACHÍO, A. I. *Mobbing y Derecho Penal*, Valencia, 2007 (disponible en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)).
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Madrid, 2009.

## 12.7. Acoso - stalking: Art 172 ter

ÁNGELA MATALLÍN EVANGELIO  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Valencia

---

### *ART. 172 ter del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

No existe

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que, sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:*

*1º La aceche o busque su cercanía física.*

*2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.*

*3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.*

*4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.*

*5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.*

*2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena se impondrá en su mitad superior.*

*3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.*

*4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión.*

### IV. MOTIVACIÓN

La previsión específica del delito de acoso personal se justifica en la EM del Anteproyecto por la necesidad de sancionar ciertos ataques graves contra la libertad del sujeto, como las persecuciones o vigilancias constantes, las llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento, que por no realizarse con violencia o mediante el anuncio expreso o tácito de un mal no permiten la aplicación de los tipos tradicionales de amenazas y coacciones. Dicha justificación, reiterada en el ICGPJ y en el del Consejo fiscal, no resulta sostenible a la vista del texto definitivo del anteproyecto, pues no se han tipificado acosos gravemente lesivos para la libertad, necesitados de tutela penal, sino, en muchas ocasiones, conductas molestas, cuya criminalización resulta discutible desde el punto de vista de principios como el de intervención mínima

Tal y como está redactado el art. 172 ter se propone su supresión, pues muchos de los supuestos que fácticamente resultarían típicos, por determinar graves molestias para el sujeto, constituyen actos de la vida social cuya corrección debe instarse mediante la utilización de los correspondientes mecanismos, sociales o jurídicos, al margen del derecho penal (criminalización de la molestia).

Ciertamente, junto a estos supuestos que podríamos considerar cotidianos, existen otros —muy pocos, como por ejemplo los de acecho de los paparazzi—, que, por ser especialmente graves y no tener cabida en alguna de las figuras vigentes del Código Penal (coacciones, amenazas, violencia doméstica, acoso sexual a menores de 13 años, lesiones...), merecerían sanción específica. Sin embargo, en tales casos, el legislador debería haber sido más cuidadoso, tipificando sin vulneración de principios constitucionales.

En consecuencia, se propone la supresión del art. 172 ter, porque:

1. Tipifica conductas sociales molestas (art. 172 ter, 1, 1º, 2º, y 3º in fine —uso indebido de datos personales para que otras personas se

pongan en contacto con ella—), cuya resolución debe conseguirse por vías sociales o jurídicas no penales (ej. reclamación a las operadoras, cancelación de datos personales...).

2. Equipara la sanción de la tentativa y la consumación vulnerando el principio de proporcionalidad (art. 172 ter, 1, 2º).

3. Tipifica conductas atentatorias contra el patrimonio que no debieran incluirse entre los atentados contra la libertad (art. 172. ter, 1, 3º, y parte del 4º).

\* En concreto, *el uso indebido de datos personales, para adquirir productos o mercancías o para contratar servicios*, será constitutivo del correspondiente atentado contra el patrimonio, según la forma de consecución del dato que posteriormente se utiliza, por lo que tampoco en este caso existirá necesidad de pena. En la mayoría de supuestos de uso indebido de tus datos personales (por ejemplo, de tu número de DNI, número de cuenta o número de tarjeta) existirá alguna modalidad de estafa del art. 248, sin que podamos sancionar como delito autónomo la lesión a la libertad derivada del daño patrimonial, que ya ha sido tomada en consideración por el tipo patrimonial (acto copenado, vulnerador del *ne bis in ídem*).

4. Incrimina de forma abierta e indeterminada cualquier atentado contra la libertad o patrimonio de una persona, o de otra persona próxima a ella (art. 172 ter. 1, 4º), sin indicación alguna, siquiera aproximada, de cuáles pueden ser estas modalidades de conducta constitutivas de dichos atentados contra la libertad y el patrimonio del sujeto (vulneración principio de legalidad).

5. Además, sobre dicha vulneración, se adiciona la del principio *ne bis in ídem* mediante la introducción de una específica cláusula concursal en el número 3 del 172 ter. En el supuesto específico del art. 172 ter. 1, 4º, lógicamente, y a pesar de que el texto no lo indica, para evitar la vulneración de dicho principio, deberíamos pensar que en dicho número se está tipificando cualquier atentado contra la libertad o contra el patrimonio distinto de los específicamente integrados en otros lugares de la parte especial (amenazas, coacciones, estafa...). Sin embargo, dicho entendimiento se contradice con el significado de la cláusula concursal del número tres, pues al considerar típico *el acoso a una persona, llevando*

*a cabo de forma insistente y reiterada atentados contra su libertad o contra su patrimonio, “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso”*, queda claro que se castigan dichos atentados individuales, a través de los tipos correspondientes, así como su realización reiterada e insistente.

6. El art. 172 ter. 1, 5º, de forma totalmente inadmisibile, tipifica expresamente la analogía en contra del reo, pero con el problema añadido de que dicha analogía es doble, ya que no admite la tipicidad de las conductas parecidas a otras descritas anteriormente de forma precisa y cerrada, sino que configura una analogía indeterminada, construida sobre conductas también indeterminadas (analogía doble que vulnera doblemente el principio de legalidad).

## V. NOTAS CRÍTICAS SOBRE EL ART. 172 TER DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE 2012

El mantenimiento de un precepto como el art. 172 ter resulta inadmisibile, constituyendo una exlimitación legislativa vulneradora de los principios fundamentales del derecho penal ya mencionados. Exlimitación que ni siquiera deben corregir nuestros tribunales mediante una aplicación restrictiva del tipo, en especial, de la exigencia típica de grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana, ya que no es función de la judicatura superar las tachas de constitucionalidad del precepto, incurriendo en una nueva ilegalidad, mediante la reconstrucción de un tipo claramente inconstitucional (creación judicial del derecho).

El art. 172 ter, tal y como se indica en la exposición de motivos del Anteproyecto, *quiere ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que no pueden ser calificadas de coacciones o amenazas*, pero querer no es poder. Con el pretexto de tranquilizar a la opinión pública, el legislador no puede tipificar vulnerando principios constitucionales. No podría aunque se hubiera tomado el esfuerzo, que no ha realizado, de depurar la redacción típica, construyendo un tipo cerrado y preciso, y no podría, porque el tipo carece de justificación material, al construirse sobre conductas en gran parte inocuas, que no ostentan la pretendida gravedad que se les atribuye.

Quizás en la búsqueda de contenido material (rebuscando) encontremos algún supuesto necesitado de pena, por no tener cabida, ni siquiera desde una interpretación extensiva del delito de coacciones, en alguna de las figuras vigentes del Código Penal. Se me ocurre la conducta de los paparazzi, que, en ocasiones, llegan a determinar verdaderas situaciones de acecho personal, gravemente limitadoras de la libertad del sujeto. En ese supuesto específico, quizás podríamos encontrar justificación al precepto. Sin embargo, cuando para dar respuesta a un único supuesto se construye un tipo sin orillas, indeterminado y desproporcionado, en cuyo seno tienen cabida muchas conductas inocuas, inherentes al desarrollo de la vida social, desaparece dicha justificación, entrando en juego la arbitrariedad y el abuso de poder. Esas conductas, *molestas*, no deben sancionarse con una pena. Su corrección debe articularse social o jurídicamente, a través de los propios mecanismos que ofrece la vida cotidiana o mediante la utilización de las opciones que ofrece el ordenamiento, pero siempre al margen del derecho penal.

## 12.8. Delito de acecho/stalking: Art. 172 ter

CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE

Profesora Titular de Derecho Penal (acreditada Catedrática)  
Universidad de Lleida

---

### *ART. 172 ter del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

*Precepto inexistente en el Código Penal actual.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que, sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:*

*1º La aceche o busque su cercanía física.*

*2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.*

*3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.*

*4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.*

*5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.*

*2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, la pena se impondrá en su mitad superior.*

*3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.*

*4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

1. *El que persiga de modo ilegítimo y persistente a una persona contra su voluntad, causándole una limitación trascendente en su capacidad de decidir o de actuar según lo previamente decidido, mediante la realización de alguna de las siguientes conductas:*

1° *La aceche o busque su cercanía física.*

2° *Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas.*

3° *Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.*

4° *Atente o amenace implícita o explícitamente con atentar contra su vida, integridad física, salud o libertad o contra los de otra persona próxima a ella, o atente contra su patrimonio o contra el de otra persona próxima a ella.*

5° *Realice cualquier otra conducta de vigilancia, persecución, monitorización, abuso de datos personales, amenazas o de interferencia en la propiedad semejantes a las anteriores.*

*Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, salvo que los hechos constituyeran un delito más grave.*

2. *La pena se impondrá en su mitad superior en cualquiera de los siguientes casos:*

1° *Cuando el ofendido sea alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 o una persona especialmente vulnerable.*

2° *Cuando el ofendido sea un menor de edad o los hechos se realicen en presencia de menores.*

3° *Cuando se empleen armas o instrumentos peligrosos.*

4° *Cuando el delito se cometa con infracción de una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código, o de una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

3. *Este delito podrá concurrir con aquellos otros en que se hubieran concretado los actos de persecución, con excepción de que se trate de delitos que en esencia supongan el empleo de violencia psicológica o del resto de delitos contra la libertad de obrar.*

4. *Los hechos descritos en este artículo solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando la víctima sea menor de edad o persona con discapacidad, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.*

#### IV. MOTIVACIÓN

La inclusión del nuevo delito de acecho/*stalking* entre los delitos contra la libertad puede justificarse por razones de merecimiento de pena, si bien las de necesidad de pena que sustentarían la adecuación de la inclusión de dicho tipo delictivo requerirían de la constatación de la sustancial afectación de este tipo de conductas a la realidad social, a través de la determinación de la prevalencia de las mismas, aspecto éste que no ha sido abordado por estudio empírico alguno en nuestro país.

Admitida la adecuación de la incriminación de este tipo de conductas en el Código penal, en la propuesta alternativa efectuada al redactado del Anteproyecto de 2012 se plantean modificaciones en tres distintos ámbitos. En primer lugar, tanto en la descripción de la conducta típica cuanto en la de las conductas de acoso que ejemplificativamente incluye el tipo delictivo, así como en la descripción del resultado estructural del delito. En segundo lugar, en la configuración de los supuestos cualificados incorporados al núm. 2 del precepto. Finalmente, con el objeto de clarificar la relación del delito de *stalking* con otros delitos que consisten en el empleo de violencia psicológica o que atentan contra la libertad de obrar, se propone la inclusión del nuevo tipo delictivo como subsidiario, además de perfilar el sentido de la regla concursal *ad hoc* que el tipo incorpora.

Los tres grupos de modificaciones planteados tienen como finalidad tanto adecuar la regulación interna del Estado español a los requerimientos de incriminación internacionales, como dotar al tipo del delito de suficiente contenido de injusto, así como evitar que la inclusión de esta nueva figura delictiva pueda representar un indebido privilegio para este tipo de acosadores. Los referidos objetivos y las razones en apoyo de cada una de las modificaciones propuestas se exponen más pormenorizadamente en el siguiente apartado.

## V. NOTAS CRÍTICAS SOBRE EL ART. 172 TER CP EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE 2012

### V.1. *Introducción*

La incorporación del delito de *stalking* (denominado acecho o acoso en el Anteproyecto 2012) a nuestro ordenamiento jurídico-penal resulta adecuada. Las razones para la misma deben buscarse tanto en los déficits de tipificación de los tradicionales delitos contra las personas para hacer frente a este fenómeno (VILLACAMPA, 2009), en las experiencias regulativas en Derecho comparado (SAUNDERS, WELLS, PURCELL/PATHÉ/ MULLEN), cuanto finalmente en el surgimiento de obligaciones de incriminación procedentes de instancias internacionales<sup>1</sup>.

Al margen de que en la nota de prensa referida a la aprobación del Anteproyecto de 2012 por parte del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2012 se indicara que la inclusión de este delito se explica por su relevancia en materia de violencia contra la mujer, se apunta a la insuficiencia de tipos como las coacciones o las amenazas para incriminar este tipo de conductas de acecho u hostigamiento. Más concretamente, la Exposición de Motivos del Anteproyecto indica que la inclusión del nuevo tipo penal de acoso está destinada “a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones no podrían ser calificadas como coacciones o amenazas”.

En efecto, ya antes de la firma del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica —Convenio de Estambul— y de que nos hayamos visto compelidos a la inclusión de este delito, se había puesto de manifiesto (VILLACAMPA, 2009) como, pese a que supuestos de *stalking* venían

---

<sup>1</sup> El Convenio del Consejo de Europa para la prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (*Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*), firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011 —todavía no en vigor— obliga a los Estados parte —entre ellos España— a incriminar el delito de *stalking*. Dispone el art. 34 “Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the intentional conduct of repeatedly engaging in threatening conduct directed at another person, causing her or him to fear for her or his safety, is criminalized”.

siendo juzgados por nuestros tribunales, los tipos penales existentes no resultaban suficientes para incriminar todos los casos de agresión al bien jurídico libertad de obrar que deberían ganar relevancia penal, atendiendo a criterios tanto de merecimiento como de necesidad de pena. Esto aun cuando la constatación de la sustancial afectación de este tipo de conductas a la realidad social que permitiría afirmar la necesidad de pena no ha sido objeto de análisis empírico alguno en nuestro país. Así, atendiendo a los tipos previamente existentes en cuyo ámbito se había planteado la incriminación de este tipo de conductas, se indicaba como el delito de amenazas, en tanto que configurado como delito de expresión, al requerir además la finalidad de intimidar, no resultaba adecuado para incriminar los supuestos de *stalking*. Tampoco cumplía adecuadamente con dicha función el delito de coacciones, al requerir como medio comisivo la violencia, si bien la amplia interpretación de este tipo delictivo efectuada por la jurisprudencia, en especial del término “violencia”, ha favorecido que este delito funcionase como una suerte de cláusula de cierre del sistema que ha permitido subsumir en él muchos supuestos de *stalking*. Menos adecuado a efectos de incriminar tales supuestos se mostró el delito de trato degradante, pese a que la incriminación en 2010 de la mayor parte de supuestos de acoso se ha reconducido a los delitos contra la integridad moral. Ello tanto en atención al bien jurídico protegido cuanto al hecho de que el tipo objetivo del delito requiere la causación de padecimientos físicos o psíquicos y la producción en todo caso de un sentimiento de humillación o sensación de envilecimiento ante los demás o ante uno mismo. Tampoco el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del art. 173.2 CP, pese a la clara relación empíricamente establecida entre la violencia doméstica y el *stalking* (LOGAN/ SHANNON/ COLE, MELTON, MALSH), servía con carácter general para incriminar estos supuestos. En primer lugar, por la relación que el tipo requiere debe mediar entre autor y víctima, dejando fuera los casos de *stalking* entre compañeros de trabajo, conocidos, amigos o incluso parientes no comprendidos en el precepto. En segundo término, porque la interpretación más generalizada del término violencia psíquica la identifica con vis compulsiva e incluye únicamente las manifestaciones de la violencia psicológica que tengan entidad comparable a la violencia física a efectos valorativos. Finalmente, otros tipos

delictivos, como el acoso sexual o algunos delitos contra la intimidad resultaban igualmente insuficientes como tipos en los que subsumir este tipo de conductas.

Junto a la ausencia de aptitud de los tipos tradicionalmente contemplados entre los delitos contra las personas para subsumir los supuestos de *stalking*, una razón más en pos de la incriminación específica de este tipo de conductas puede hallarse en la sensibilidad mostrada por el legislador de 2010 hacia la tipificación de algunos tipos de acoso, como el laboral o inmobiliario, si bien olvidando las conductas de acoso predatorio (VILLACAMPA, 2010). Tras la inclusión de las mismas, con independencia del acierto no sólo en la forma sino incluso en la propia necesidad de su incriminación, que el prelegislador español plantee la criminalización del acoso predatorio resulta comprensible e incluso positivamente valorable, como parecen considerarlo tanto el CGPJ como el Consejo Fiscal en sus respectivos informe y borrador de informe al Anteproyecto. De ahí que pueda indicarse que lo discutible de la inclusión del *stalking* como delito no deriva de la incriminación de este tipo de conductas —si bien debe garantizarse un mínimo de lesividad de las tipificadas para cumplir las exigencias de los principios de fragmentariedad y mínima intervención—, sino del encaje sistemático que éstas tienen en el Código penal, en concreto atendiendo al balance que arroja su comparación con otras figuras delictivas incriminadoras que constituyen manifestaciones del acoso. Y es que desde 2010 nuestro legislador ha emprendido efectivamente la senda de la incriminación del acoso, pero lo ha hecho sin un programa general, de forma asistemática y atomizada. Son algunos ya los autores que en nuestra doctrina han reclamado un tratamiento unitario del acoso (GÓMEZ RIVERO), y pese a que no suscribo la conclusión alcanzada por quienes defienden que el supuesto genérico de acoso debería ubicarse entre los delitos contra la integridad moral, sí comparto la reflexión de fondo de quienes defienden la necesidad de una regulación convenientemente sistematizada del acoso —en una sola o en varias ubicaciones en nuestro código penal— frente a la atomizada en función del ámbito relacional en que se produce este fenómeno.

La propuesta acerca de cómo debería producirse con carácter general dicha regulación jurídico-penal global de las conductas de acoso excede

del ámbito de este trabajo, pues implicaría proponer modificaciones sustanciales de los tipos delictivos del acoso laboral, del acoso inmobiliario y del indebidamente designado delito de acoso sexual, que son tipos delictivos en los que no incide la reforma. De ahí que en las líneas que siguen me limite a proponer qué modificaciones deberían incluirse en la redacción propuesta del art. 172 ter CP por la reforma a efectos de que su inclusión no resulte distorsionadora.

Antes de pasar a analizar las cuestiones que resultarían mejorables en la concreta figura delictiva cuya inclusión se plantea, déjese me decir que lo que sí resulta discutible es que la lucha contra el *stalking* se haya planteado únicamente en términos penales. Ello no solo porque el Convenio de Estambul expone como la estrategia en la lucha contra la violencia doméstica y la de género debe ser holística, y tender a la protección de las víctimas mediante medidas no exclusivamente penales, sino porque más en concreto respecto del delito de *stalking* —y de lo que se designa como “violencia psicológica”— plantea la posibilidad de que los Estados que así lo consideren no arbitren medidas de protección penales, sino civiles, como las *restraining orders*. En un contexto en que la protección frente al *stalking* se articulase mediante la aplicación de medidas tanto penales cuanto civiles tendría pleno sentido que el delito contuviera una condición de procedibilidad, cual la necesidad de presentación de denuncia por parte del ofendido o su representante legal, con el objeto de articular los dos posibles planos reactivos ante este tipo de conductas. Con la esperanza de que efectivamente lleguen a articularse en nuestro ordenamiento jurídico medidas de protección y de sanción civiles a imagen de las contenidas *Gewalterschutzgesetz* alemana de 2001 se mantiene en la propuesta de regulación que se efectúa la necesaria presentación de denuncia, que no tendría sentido si el escenario futuro de actuación frente a estas conductas se articulara en términos exclusivamente penales, cuando la regla general respecto de las figuras delictivas relacionadas con la violencia familiar y de género ha sido justamente la de la perseguibilidad de oficio. Se exceptúan de la necesaria presentación de denuncia por parte de la víctima o su representante legal los supuestos en que ésta sea menor de edad o discapacitada, en cuyo caso bastará la denuncia del Ministerio Fiscal, como valedor de los intereses de dichos colectivos en el marco del proceso penal.

## V.2. *Modificaciones propuestas en el tipo básico del delito*

El modelo del que parte el prelegislador español para redactar el tipo del delito de acecho es el del delito de *Nachstellung* del §238 Código Penal alemán. Este tipo delictivo constituye un claro ejemplo del modelo europeo como estrategia normativa para incriminar el *stalking*, al describir de manera pormenorizada las conductas que integran el patrón de conducta. Puesto que la redacción del delito en Alemania ha planteado dudas, puede resultar conveniente atender a las cuestiones suscitadas por la regulación en aquel país a efectos de conseguir tener en el nuestro una redacción mejorada.

En relación con la conducta delictiva, en primer lugar, se propone la supresión del verbo típico “acosar” para describir la conducta típica. De un lado, porque se emplea para explicar justamente el término que pretende ser explicado, con la generación del correspondiente círculo vicioso. De otro, porque el acoso constituye un término acerca del que no se ha logrado consensuar una caracterización general en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que ni siquiera una cuestión que *a priori* parece fuera de duda, como el hecho de que debemos hallarnos frente a una conducta reiterada, puede darse por supuesta —atendiendo a la definición de acoso sexual y acoso por razón de sexo contenidos en la LO 3/2007—. Presuponer, pues, la consustancialidad de la reiteración al acoso no es posible. Si lo que se está buscando entonces con este término típico es apelar a la quiebra de la justa distancia que permite relacionarse a los sujetos que cohabitan en un espacio social (VALLADOLID BUENO), es más adecuado acudir a un término de semántica menos compleja, que además es el que emplea el Código Penal alemán en la descripción de la conducta, cual el de “perseguir”.

En segundo término, se añade el requerimiento de que la persecución no sea querida por la víctima, con el objeto de aclarar que nos hallamos frente a una conducta efectivamente intrusiva, cuestión ésta que parece deducirse con mayor facilidad si se emplea el verbo “acosar” para caracterizar la conducta típica que si se emplea, como aquí se propone, el verbo “perseguir”.

En tercer lugar, se plantea la sustitución de los adjetivos “insistente y reiterada”, que a la postre resultan tautológicos, pues ambos se enderezan

a mostrar que nos hallamos ante un patrón de conducta, por el empleo único del adjetivo “persistente”, que podría ayudarse del adjetivo “tenaz”, por cuanto apela al porfiar o ser firme en la persecución de un propósito, aun cuando éste no se ha incluido específicamente en la redacción propuesta. Se descarta el empleo del término “reiterado” por considerar que puede identificarse con la realización de la conducta únicamente en dos ocasiones, cuando se entiende preferible que no se determine normativamente el número de ocasiones en que el comportamiento intrusivo debe producirse para considerar que nos hallamos frente a un patrón conductual. A diferencia de la redacción del Anteproyecto, la persistencia se refiere a la propia conducta de perseguir —o acosar— no a cada una de las conductas que ejemplificativamente se enumeran en el tipo, como se hace en el Anteproyecto (“llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes”), pues con tal redacción podría producirse el absurdo de dejar fuera del tipo conductas de *stalking* en que, pese a reiterarse comportamientos persecutorios no se produzca la circunstancia de que la persistencia pueda predicarse de la misma conducta de las ejemplificadas.

En cuarto término, se sustituye la expresión “quien no esté legítimamente autorizado” por “de modo ilegítimo”. Pese a tratarse de un elemento negativo del tipo con el que el prelegislador pretende dejar fuera del ámbito del delito conductas que, en otro caso, podrían resultar justificadas con base en la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo o cumplimiento de un deber —art. 20.7—, y tratarse de una expresión que se emplea en delitos de redacción más tradicional, como el de las coacciones, se considera inadecuada, atendiendo a la ausencia de sometimiento a régimen de autorización alguna de tipo administrativo o judicial para considerar legítimas las posibles conductas de persecución. De ahí que se proponga apelar únicamente a la ilegitimidad de la persecución para que la conducta gane relevancia típica para dejar fuera del tipo las persecuciones emprendidas, por ejemplo, en el marco de una investigación criminal o, cuando proceda, las realizadas con objeto de hacer efectivo el derecho a la libertad de información.

En cuanto a las conductas que de manera ejemplificativa se plantea incluir en el tipo del delito como aquellas en que puede consistir el *stal-*

*king*, muy semejantes a las incluidas en el delito de *Nachstellung* alemán<sup>2</sup>, se plantea la modificación del redactado de la cuarta y la quinta de las contempladas en el tipo. Respecto de la cuarta de las modalidades, que requiere del atentado contra la libertad o patrimonio bien de la víctima, bien de otra persona próxima a ella, se plantea incluir la amenaza del atentado a la libertad, así como la amenaza o el atentado a bienes como la vida, la integridad física o la salud de estos sujetos (víctima o persona próxima a ella). El prelegislador español parecía pensar en los supuestos de vandalización de la propiedad de la víctima o de allegados al diseñar esta modalidad comisiva, sin hacer referencia alguna a bienes como la vida, la salud o la integridad física, así como a conductas amenazantes, probablemente al considerar que tales conductas podrían colmar los requisitos típicos de otros delitos —coacciones y amenazas entre ellos—. Sin embargo, tales conductas amenazantes y atentados directos a bienes jurídicos personalísimos de la víctima tiene sentido que se incluyan en el tipo, pues las investigaciones empíricas efectuadas en esta materia demuestran como algunos *stalkers* muestran una clara escalada en el grado de violencia empleado, lo que debe hallar reflejo en el tipo. En otro caso, cabría que conductas de persecución reiterada implícitamente amenazantes que no pudieran reconducirse al delito de amenazas pero tampoco a alguna de las modalidades comisivas precedentes, lo mismo que aquellos en que la violencia empleada para mover la voluntad de la víctima fuese de carácter psicológico —en que no cabría ir al delito de coacciones interpretando en sus justos términos el vocablo “violencia”— quedasen fuera del tipo. Si bien se parifica al atentado la amenaza implícita o explícita contra uno de estos bienes jurídicos —vida, salud, integridad física y libertad—, en el caso del patrimonio tan sólo debería ser típico el atentado; ello en consideración a que, no tratándose de un bien jurídico de carácter personalísimo como el resto de los contemplados, la efectiva afectación a la libertad de obrar producida por medio de atentados al patrimonio requiere de una conducta de mayor lesividad

---

<sup>2</sup> El redactado de las tres primeras resulta prácticamente idéntico, a salvo de que en la primera de ellas, junto a la búsqueda de la proximidad espacial, se incluye en el texto proyectado en España el acecho. La vigilancia a distancia, sin que exista contacto visual mutuo entre autor y víctima —como se ha venido exigiendo en Alemania— podría integrar el tipo del delito en nuestro caso.

intrínseca, que supere el umbral de la amenaza llegando a ser atentado efectivo.

Respecto de la quinta de las modalidades comisivas, redactada en términos muy semejantes a la homológamente prevista en el Código Penal alemán y que en aquél país ha servido para apuntalar las dudas acerca de la constitucionalidad del precepto por su indeterminación (NEUBACHER/ SEHER, VALERIUS, KINZIG/ ZANDER, MITSCH), se propone una redacción más determinada, evitando el empleo del término “análoga”. Ya el Consejo Fiscal en su borrador de informe apuntaba a que la redacción de dicha modalidad comisiva tal como se contempla en el Anteproyecto podría entrar en contradicción con el principio de legalidad y taxatividad de los tipos penales. De ahí que se haya propuesto una redacción que sin ser tan indeterminada, permita que la previsión de conductas típicas no quede pronto obsoleta ante el empleo de nuevas formas de persecución no específicamente contempladas en el tipo. Por ello se apela a la realización de otras conductas de vigilancia, persecución, monitorización, abuso de datos personales, amenazas o de interferencia en la propiedad semejantes a las anteriores.

Finalmente respecto del tipo básico del delito, puesto que nos hallamos ante un delito que se ha configurado como de resultado, y se considera que una adecuada caracterización del mismo constituye un elemento determinante a efectos de dotar a éste de suficiente grado de taxatividad, así como para expresar las razones de merecimiento de pena que justifiquen la relevancia penal de estas conductas, se ha desechado el redactado del mismo que proponía el Anteproyecto. Se propone la supresión de la indeterminada referencia a la alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, que recordando al tan discutido perjuicio al desarrollo vital de otro que contempla el Código Penal alemán, se considera, además de escasamente determinada, una referencia poco expresiva del desvalor que deben entrañar este tipo de conductas para ganar relevancia penal. Puesto que de lo que se trata es de incriminar un patrón de comportamiento que, considerado en su conjunto, debe tener un efecto claramente coartador de la libertad de obrar —pues entre los delitos contra la libertad se halla incluida esta nueva tipicidad—, a efectos de hacer al resultado del delito expresivo del desvalor de resultado inherente al delito, se propone que éste requiera que sean

las referidas conductas las que causen directamente una limitación trascendente de algunos de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea de la capacidad de decidir, ya de la capacidad de actuar conforme a lo previamente decidido. Ello entendiéndose que el resultado del delito debe considerarse perfeccionado de acuerdo con un patrón objetivo de víctima —a efectos de evitar que el umbral de la conducta delictiva se relajara frente a víctimas altamente sensibles—, a cuyo efecto criterios como el de la causalidad adecuada, integrados en el primer nivel de la imputación objetiva, pueden desempeñar un papel relevante en orden a determinar la tipicidad de las conductas en delitos como el que nos ocupa.

### *V.3. Modificaciones propuestas respecto del tipo cualificado*

El delito contemplado en el art. 172 ter CP prevé un único supuesto cualificado, en su núm. 2, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP, caso en que se impone la pena del tipo básico en la mitad superior. Nada que objetar a la previsión de esta agravación, habida cuenta de la estrecha relación existente entre supuestos de violencia familiar y *stalking*. Cabe sin embargo aclarar que, pese a que en la previsión de este tipo cualificado podría considerarse que se expresa la razón referida por el Gobierno para la inclusión de este delito, la de la supuesta lucha contra la violencia de género, justamente el art. 173.2 CP fue uno de los pocos preceptos relacionados con la violencia familiar que no se vio modificado por la LO 1/2004, por lo que no supone expresión del Derecho penal sexuado. Con ello no pretende reclamarse la necesidad de que el nuevo delito de *stalking* debiera constituir un nuevo ejemplo de tutela penal exacerbada de las mujeres respecto de los hombres, sino llamar la atención acerca de que el ejecutivo no debería ofrecer mensajes equívocos sobre las motivaciones que se expresan en la incriminación de las conductas, cuando la agravación se refiere a la violencia familiar con independencia del género de sujeto activo y sujeto pasivo.

Respecto del tipo cualificado del delito, se propone incluir tres agravaciones más a la ya contemplada por el Anteproyecto, en atención a las que contempla como causas de agravación el art. 46 del Convenio de

Estambul, completando la primera de ellas —la que afecta a las personas a que se refiere el art. 173.2 CP— con aquellos supuestos en que la víctima sea persona especialmente vulnerable, justamente en atención a las disposiciones del referido Convenio.

La segunda de las agravaciones cuya inclusión se propone se refiere a los supuestos en que la víctima sea un menor de edad o los hechos se realicen en presencia de menores. En este caso, junto a la inclusión en el tipo agravado de los supuestos en que la víctima sea una persona especialmente vulnerable en razón de sus circunstancias, el Convenio de Estambul demanda que la conducta se agrave no sólo cuando la víctima sea menor, sino también cuando la conducta se realice en presencia de menores.

Junto a las especiales características del sujeto pasivo, como tercera modalidad cualificada se plantea la agravación cuando se empleen armas o instrumentos peligrosos. No se ha previsto la agravación de la conducta para los supuestos en que la conducta de acoso sea susceptible de causar temor a la víctima o lo cause efectivamente, esto es, sea efectivamente amenazante, pese a que en algunos ordenamientos jurídicos así se haya hecho, por considerar que justamente eran tales supuestos los que se hallaban en la base de la incriminación de los casos de *stalking*. Aunque investigaciones posteriores han puesto de manifiesto que existen otras formas de afectación sustancial a la libertad de obrar que, sin causar temor, deben ser equiparadas a las amenazantes, se considera que respecto de estas otras la mera causación de temor sin más no debe ser cualificada, pues la consecuencia en la afectación a libertad de obrar se halla ya reflejada en el tipo básico. Sin embargo, en los casos de empleo de armas o instrumentos peligrosos —además de preverse la agravación en el Convenio de Estambul— sí se entiende que existe un plus de afectación a la libertad de obrar que el contenido en el tipo básico que justifica la agravación, objetivándose además que la intención del acosador es justamente la de inducir temor.

Finalmente, se propone incluir en el tipo cualificado del delito una cuarta situación, aquella en que el delito se cometa con infracción de una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código, o de una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Se ha ya indicado como el *stalking* constituye un patrón de conducta caracterizado por el segui-

miento continuado y persistente de la víctima. Dicha persistencia se hace todavía más evidente en los supuestos en que existiendo una orden de alejamiento o de prohibición de comunicación con la víctima, la misma se quebranta con la finalidad de persistir en la tentativa de contacto con ésta o en que el delito se comete reiteradamente. De ahí que el Modelo de Código anti-*stalking* norteamericano revisado en 2007 propusiera la inclusión de un tipo cualificado en los supuestos en que el acusado quebrantara una orden prohibiendo el contacto con la víctima, así como en aquellos casos en que el autor hubiese sido condenado previamente por un delito de *stalking* a lo largo de los precedentes diez años, de la misma forma que el Convenio de Estambul prevé agravaciones cuando el delito se ha cometido reiteradamente o el autor ha sido previamente condenado por la comisión de delito de la misma naturaleza. Para agravar los casos en que el autor comete repetidamente el delito de acoso o delitos de naturaleza semejante tenemos ya la agravante de reincidencia. Sin embargo, para aquellos casos en que el autor comete el delito quebrantando una de las denominadas órdenes de alejamiento o prohibición de la comunicación contempladas en el art. 48 CP, ya impuesta como pena, como medida cautelar o como medida de seguridad, pese a que se trata de casos en que realmente cabe objetivar un mayor desvalor de acción en la conducta del autor, por su contumacia, debemos acudir al delito de quebrantamiento de condena, cualificado en estos casos. Ello porque el legislador español ha confiado la tutela de las víctimas de la violencia de género y doméstica agredidas tras el dictado de una de las referidas órdenes de alejamiento, salvadas algunas excepciones, a los delitos contra la Administración de Justicia, al cualificar el quebrantamiento en tales ocasiones y tratarlo punitivamente cual si de quebrantamiento de una sanción privativa de libertad se tratase. La reconducción de estos supuestos, con su consiguiente agravación, al ámbito de los delitos contra la Administración de Justicia constituye un tratamiento inadecuado, pues no atiende al atentado a bienes jurídicos personalísimos de la víctima que supone la vulneración de una medida impuesta justamente con una finalidad tuitiva para con la víctima, más allá del eventual atentado contra intereses de la Administración de Justicia. Para que la inobservancia de tales sanciones de alejamiento en los supuestos de *stalking* refleje efectivamente el esencial contenido de injusto afectante a intereses

individuales de la víctima, considero que tales quebrantamientos deben contemplarse como un supuesto cualificado de *stalking* —como sucede en los delitos de maltrato habitual u ocasional en el ámbito familiar, aunque el Anteproyecto de 2012 suprime la agravación en el primero de estos delitos— en lugar de integrar un supuesto agravado de quebrantamiento de condena.

#### ***V.4. La relación del stalking con otras conductas de acoso: la cláusula concursal***

Se ha indicado precedentemente como el legislador español ha incriminado sectorial y atomizadamente las conductas de acoso, generando agravios comparativos. De un lado, antes de la reforma de 2010, la única conducta formalmente de acoso que contemplaba nuestro Código Penal era el delito de acoso sexual. A ella se suman desde la reforma de 2010, como se sabe, las tipicidades referidas al acoso laboral e inmobiliario entre los delitos contra la integridad moral —art. 173.1 pfos. 2º y 3º—, así como la incriminación expresa del acoso inmobiliario en el art. 172.1, pfo. 3º CP, parificado en pena a las coacciones cualificadas que tienen por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental. Comparando los marcos punitivos de estas conductas delictivas con el contemplado para el proyectado delito de *stalking*, vemos como nos podemos encontrar con que queriendo incriminar un supuesto específico para evitar vacíos de punibilidad, acabemos privilegiando al *stalker* en relación con otro tipo de acosadores e incluso con la condena que les correspondería a estas conductas de ser penadas conforme a los tipos en los que hasta ahora se habían venido subsumiendo, como el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar —maltrato psicológico— o el delito de coacciones, fundamentalmente. Esto es, la incriminación específica del *stalking* tal como la propone el Anteproyecto de 2012 podría acabar resultando indebidamente privilegiante. En efecto, con excepción del delito de acoso sexual, que tiene pena prevista inferior al *stalking* al no requerir la reiteración de la conducta delictiva, el resto de supuestos de acoso a que se ha hecho referencia tienen prevista superior pena. Así, para el *stalking*, el proyectado art. 172 ter CP contempla pena de prisión de seis meses a dos años alternativa con multa de seis a veinti-

cuatro meses, mientras que los supuestos de acoso laboral o inmobiliario incriminados entre los delitos contra la integridad moral tienen prevista pena de seis meses a dos años —no alternativa con multa—, todavía menor a la contemplada para el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar, en que sólo la pena de prisión puede llegar a los tres años. Algo semejante sucede comparando la pena del delito de *stalking* con la del delito de coacciones, cuyo tipo básico tiene prevista pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses, que asciende hasta la mitad superior en los casos de impedimento al ejercicio de un derecho fundamental o acoso inmobiliario.

La manera de evitar que este indebido privilegio punitivo, al que se añaden inadecuados solapamientos normativos, se produzca podría consistir en que el legislador aprovechara la reforma de 2012 para efectuar una regulación del acoso con mayor rigor sistemático. Sin embargo, como esta no parece ser la intención del prelegislador de 2012, a efectos de evitar que la calificación de los hechos conforme a este delito de acoso pueda acabar conduciendo al privilegio caso de que en un supuesto de concurso de normas tuviera que aplicarse preferentemente el delito de *stalking*, se plantea la inclusión de una cláusula de subsidiariedad expresa en el tipo (“salvo que los hechos constituyeren un delito más grave”). La previsión de tal cláusula conduciría a la inaplicabilidad de este delito siempre que los actos de acoso supusieren la comisión de alguno de los delitos contemplados entre aquellos que atentan contra la integridad moral, y en la mayor parte de los supuestos ya contemplados de delitos contra la libertad. Esto supondría asumir un ámbito de aplicación ciertamente limitado del nuevo delito. Sin embargo, resulta preferible admitir la inaplicabilidad parcial del precepto si con ello se conjura el peligro de privilegiar a unos acosadores respecto de otros cuando en virtud de la aplicación de los principios resolutivos del concurso de normas debiéramos acudir con carácter preferente al art. 172 ter CP en caso de no incluir tal cláusula de subsidiariedad.

Podría interpretarse que la inclusión de la cláusula de subsidiariedad entra en contradicción con la específica cláusula concursal contemplada en el núm. 3 del proyectado art. 172 ter CP, según la cual “las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de

acoso”. Y ciertamente así podría ser caso que se mantenga la redacción de esta cláusula tal como se halla formulada. En su momento propuse la oportunidad, ante la eventual incorporación de un tipo de *stalking* al Código Penal español, de la inclusión de una cláusula *ad hoc* que pudiese servir para clarificar las cuestiones concursales que la inclusión de tal tipo suscitaría (VILLACAMPA, 2009), y ello aun antes de que se incorporase al Código Penal el delito de acoso laboral, por poner un ejemplo. No obstante, ya en aquel momento clarifiqué que dicha posibilidad concursal no debería predicarse de otros delitos que eventualmente pudiesen servir para incriminar supuestos de acoso psicológico, como en aquel momento el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar. Las consideraciones entonces efectuadas pueden incluso sostenerse con mayor contundencia en la actualidad, en que la proliferación de tipos de acoso sin concierto interno podría acabar abocando a la afirmación de concursos artificiales —y, por tanto, claramente atentatorios contra el principio *non bis in ídem*— de delitos de introducirse finalmente una cláusula concursal con el tenor de la propuesta en el Anteproyecto. Frente a ésta, que deja expedita la vía del concurso de delitos de manera indiscriminada, se propone la inclusión de una cláusula en la que, admitiéndose que el tipo contemplado en el art. 172 ter CP pueda entrar en concurso con los delitos en que se hubiesen concretado los actos de acoso, se exceptúe de tal posibilidad de concurso a aquellos delitos que en esencia supongan el empleo de la violencia psicológica y aquellos otros que atenten contra la libertad de obrar, pues en uno y otro caso la afirmación del concurso de delitos con el de *stalking* podría suponer la infracción del principio *non bis in ídem*.

## BIBLIOGRAFÍA

- GÓMEZ RIVERO, “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en MARTÍNEZ GONZÁLEZ (Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- KINZIG/ ZANDER, “Der neue Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) —Gelungener Abschluss einer langen Diskussion oder missglückte Maßnahme des Gesetzgebers?—”, en *JA*, 2007, 7.
- LOGAN/ SHANNON/ COLE, “Stalking Victimization in the Context of Intimate Partner Violence”, en *Violence and Victims*, vol. 22, núm. 6, 2007.

- MALSH, "Stalking. Do criminalization and punishment help?", en *Punishment and Society*, vol. 9 (2).
- MELTON, "Predicting the Occurrence of Stalking in Relationships Characterized by Domestic Violence", en *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 22, núm. 1, 2007.
- MITSCH, "Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch", en *NJW*, 2007, 18.
- NEUBACHER/ SEHER, "Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ 238 StGB)", en *JZ*, 2007, 21.
- PURCELL/ PATHÉ/ MULLEN, "Stalking: Defining and prosecuting a new category of offending", en *International Journal of Law and Psychiatry*, 2004, 27.
- SAUNDERS, "The legal perspective on Stalking", en MELOY (Ed.), *The Psychocology of Stalking. Clinical and forensical perspectives*, Academic Press, San Diego, 1998.
- VALERIUS, "Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB", en *JUS*, 2007, 4.
- VALLADOLID BUENO, "Ecología victimológica: las bases del actuar democrático", en HERRERA MORENO (coord.), *Hostigamiento y hábitat social, una perspectiva victimológica*, Ed. Comares, Granada, 2008.
- VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.
- VILLACAMPA ESTIARTE, "la respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro", en *ReCrim*, 2010, 3.
- WELLS, "Prosecuting Those Who Stalk: A Prosecutor's Legal Perspective and Viewpoint", en DAVIS (Ed.), *Stalking Crimes and Victim Protection. Prevention, Intervention, Threat Assessment, and Case Management*, CRC Press, Boca Raton, London, New York, Washington DC.

# 13. TRATA DE SERES HUMANOS

## 13.1. Trata de seres humanos: Art. 177 bis

**MARÍA ACALE SÁNCHEZ**

*Catedrática de Derecho penal  
Universidad de Cádiz*

**DIEGO BOZA MARTÍNEZ**

*Profesor de Derecho penal  
Universidad de Cádiz*

---

*ART. 177 bis.12 del Anteproyecto*

### I. TEXTO VIGENTE

*No tiene correspondencia*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“En estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Eliminación*

### IV. MOTIVACIÓN

La situación tan paradójica que se produce en el seno del delito de trata de seres humanos en el art. 177 bis 12 refuerza la necesidad de suprimir la medida de seguridad de libertad vigilada a imponer al sujeto

imputable que además ha sido condenado a una pena privativa de libertad, por su difícil coordinación con la normativa de extranjería.

En efecto, la actual regulación de la extranjería en España no contempla ninguna posibilidad de que el condenado por un delito pueda obtener una autorización de residencia o de residencia y trabajo en las condiciones de quien cumple la medida de seguridad de libertad vigilada. De hecho, el artículo 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, establece que *“Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.”*

Por tanto, su permanencia en territorio español para el cumplimiento de la medida de seguridad de libertad vigilada estaría condicionada por una situación de irregularidad administrativa que le impediría desarrollar su proceso de reinserción en la sociedad, fundamentalmente porque en tal situación administrativa le sería imposible desarrollar actividad laboral legal.

Por otra parte, la eventualidad de una reforma de la LO 4/2000 en el sentido de permitir el acceso a la residencia —aún de forma provisional— a quienes se encuentren cumpliendo la medida de seguridad de libertad vigilada resulta, desde nuestro punto de vista rechazable, porque podría convertirse en un factor criminógeno al hacer de mejor condición a los extranjeros condenados por delitos tan graves como la trata de personas que a otros extranjeros condenados por delitos de menor gravedad.

Por estas mismas razones, se propone la eliminación del art. 318 bis.7 (*“en estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”*). En relación con este último precepto, además, se produce una incongruencia con el tenor del artículo 57.8 de la LO 4/2000 que establece que *“Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad”*. En consecuencia, si el sujeto debe ser expulsado,

de acuerdo a la LO 4/2000, cuando cumpla con la pena privativa de libertad, resulta imposible que cumpla la medida de libertad vigilada.

## 13.2. Trata de seres humanos: Art. 177 bis CP

**MIGUEL A. COBOS GÓMEZ DE LINARES**  
*Profesor Titular de Derecho Penal*  
*Universidad Complutense de Madrid*

---

### *Art. 177 bis del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
- c) La extracción de sus órganos corporales.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

- a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;
- b) la víctima sea menor de edad;

c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.»

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### Art. 177

1. *Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con el fin de explotarla mediante:*

a) *La esclavitud, servidumbre o prácticas similares, trabajos o servicios forzados, incluida la mendicidad.*

b) *La explotación sexual, incluyendo la pornografía.*

c) *La explotación para realizar actividades delictivas.*

d) *La extracción de sus órganos corporales.*

*Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.”*

(...)

4. *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:*

a) *se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 de este Código.*

b) *la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad; Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.*

(...)

12. *En estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.*

### III. CONSIDERACIONES GENERALES.

En la EM del Anteproyecto de LO de reforma del Cp se advierte de que si bien el art. 177 bis dedicado al delito de trata de personas se introdujo en 2010 se tuvo en cuenta el proyecto que se materializó luego en la Directiva de la UE 2011/36. No obstante quedaron varias cuestiones pendientes de inclusión en el texto vigente que ahora se incluirían “... para una completa trasposición de la normativa europea”.

En general es criticable el precepto vigente y la reforma desde el punto de vista de técnica legislativa por su excesiva longitud, y tendencia a enumerar conductas sin mejorar con ello la claridad ni la exhaustividad del precepto ni su taxatividad pues a menudo dicha enumeración de conductas seguida de una fórmula abierta da lugar a confusiones pues no queda claro si se pretende cerrar con el listado de las posibles conductas típicas, o abrir el catálogo de la tipicidad con la fórmula de *numerus apertus* a conductas análogas, lo cual sería claramente ilegal.

Es criticable también la asunción por el texto de la reforma de términos ya criticables del texto vigente introducido en 2010, debido muy probablemente a una traducción más preocupada por acercarse a la literalidad de la Directiva de 2011, que a dotar al mismo de un sentido de uso “normal” del lenguaje y que además fuera armonioso con las expresiones usadas en otros lugares del Cp para expresar sentidos idénticos o muy similares. Así, el uso de los términos “seres humanos” referido al delito de trata resulta chocante. En efecto, en el Código penal no se usa en ninguna otra ocasión que yo recuerde, y en esta es innecesario pues

no se usa el término “trata” si no es en relación con los seres humanos. Parece pretenderse hacer homenaje a la dignidad de las víctimas directas o cualquier otro afectado por este delito, lo cual no deja de ser una peligrosa afirmación tácita de que pueda siquiera dudarse de dicha dignidad y dejar abierta la puerta a la victimización secundaria. Normalmente el Cp se refiere al rol que juega el sujeto pasivo del delito, dando por sentado que solo va a ser un ser humano el afectado por el mismo. Cuando no es así se pone de manifiesto claramente como en los delitos de maltrato de animales. No cabe duda de que los humanos somos también animales, por ello no hace mención el Cp de los seres humanos en general sino del “otro”, o aunque raramente, de “persona/s”, pues basta para dejar claro quiénes son los sujetos pasivos. Recuérdese, en cualquier caso, que las personas jurídicas son sujetos activos y no pasivos de delitos de trata, y que siempre se usa la denominación “jurídica/s” al referirse a ellas de manera que no cabe confusión. Sí se usa en el Cp siquiera sea alguna vez el término “persona” como acaba de mencionarse y por ello propongo se cambie la referencia a “seres humanos” por la de “personas”, más sencilla, menos rimbombante y desde luego más cercana a la terminología jurídica al uso.

#### IV. TEXTO ALTERNATIVO Y MOTIVACIÓN

En conclusión:

**Se propone sustituir los términos “seres humanos” tanto del epígrafe del Título VII bis como del texto del art. 177 bis por el término “personas”.**

Textos que incluyen reformas o son de nueva inclusión:

*(177 bis.1) “la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima”*

**Texto que se propone:**

*“por precio, recompensa o promesa para lograr el consentimiento de la persona que posea el control sobre la víctima” ...*

### **Motivación de la enmienda:**

La trasposición en traducción más o menos literal de la Directiva de la UE antes referida no implica que el texto sea suficientemente claro. En efecto, si bien los términos “entrega o recepción de pagos” son claros, no así el término “beneficios” que puede dar lugar a múltiples elucubraciones en Juicio con las consecuencias para la probanza de los hechos, sobre si el imputado obtuvo o no beneficios, máxime si son de futuro. Por ello, creo que los términos usados para establecer una de las agravaciones específicas del asesinato, referida a medios idóneos para obtener el acuerdo del sicario son especialmente claros, especialmente en cuanto a los dos últimos, porque el primero —“precio”— pudiera identificarse con el texto del Anteproyecto “pago”. Y en cuanto a los últimos, “recompensa” tiene una connotación de presente o de futuro inmediato y puede ser de cualquier índole. Y “promesa”, indudablemente se refiere a beneficios de futuro de cualquier clase.

*(177 bis 1.) “incluido el intercambio o transferencia de control sobre estas personas con el fin de explotarla mediante...”*

### **Texto que se propone:**

“o de cualquier forma la mantuviere bajo su control o la transfiriere a un tercero con la finalidad de aprovecharse sexual o económicamente de la víctima”

### **Motivación de la enmienda:**

Con carácter previo debe manifestarse que el texto propuesto es una enmienda de supresión de los apartados a), b) y c) y su sustitución por el que se propone. Con él se pretende mejorar el texto de la reforma, pues tanto en el vigente como en el de la reforma se anudan las distintas formas de comisión a alguna de las finalidades expuestas en los apartados a), b) y c) con lo cual quedan fuera de la tipicidad múltiples conductas que no puedan identificarse con alguna de esas finalidades. Con el texto propuesto se centra la finalidad de las formas de comisión en el ataque a la libertad sexual o en el abuso de la situación de indefensión de la víctima para explotarla económicamente de cualquier forma contra su voluntad, pues solo así se trata en definitiva de los intereses o bienes jurídicos protegidos: la libertad en general y en especial la sexual.

En la propia Directiva de 2011 se pone de manifiesto que las propuestas recogidas en los diversos considerandos se basan en la Jurisprudencia de los países europeos. Efectivamente, el casuismo de que hace gala el art. 177 bis consiste en incluir una especie de *communis opinio* jurisprudencial que una vez transformada en norma viene a ser no interpretación sino aplicación obligatoria, lo cual convierte a la norma en un extraño vehículo aplicativo de Jurisprudencia, no al revés. En efecto, una reforma legislativa para países del ámbito continental supone el uso de la casuística como “topoi” que auxilian a la interpretación de un texto claro y taxativo, no al revés.

Un único comentario más a propósito de la supresión de los apartados a, b y c, y de la necesidad de evitar el casuismo: en la letra a) se hace referencia a “prácticas similares” (a la servidumbre) lo cual no es sino una analogía contra reo, que daría especiales poderes de aplicación a los Jueces y que es ilegal en España.

En resumen:

**Se propone en cualquier caso la supresión de los términos** “prácticas similares”.

**Subsidiariamente se propone** la supresión de los apartados a), b) y c) del art. 177 bis 1 y sustituir dicho texto por:

**“o de cualquier forma la mantuviere bajo su control o la transfiriere a un tercero con la finalidad de aprovecharse sexual o económicamente de la víctima”.**

Esta propuesta se acordó de forma unánime en el grupo de trabajo que abordó la reforma del delito de trata.

No merece *mutatis mutandi* interés alguno la supresión del término “o la alojar”.

2.3 (177 bis último apartado) “Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”

**Texto que se propone:**

“Se entiende por situación de especial vulnerabilidad aquella que objetivamente imposibilita a la víctima para decidir libremente”.

**Motivación de la enmienda:**

Por un lado es saludable que el legislador promueva las definiciones de conceptos para mejorar la taxatividad de los preceptos penales. Ahora bien, nuevamente por la trasposición irreflexiva de los términos de la Directiva de 2011 no se toma en cuenta que la situación de necesidad es el presupuesto de un estado de necesidad con arreglo al art. 20.5º del Cp y que aquella no es lo mismo que una situación de vulnerabilidad. Esta última hace referencia a una situación en la que alguien es susceptible de sufrir un daño, de manera que caben muchas más opciones que en una situación de necesidad, en la cual se plantea una ponderación de bienes —o si se quiere de males como establece el Cp— que el legislador español claramente exige que sean —los males— iguales como máximo para poder estimar la concurrencia de la causa de exclusión de la responsabilidad penal. Por otro lado, ante la situación de necesidad la reacción de quien actúa invocando estado de necesidad no es antijurídica al menos si el mal causado es menor que el que trata de evitar, pero no está tratando aquí el legislador de la reforma de una situación en la que la víctima comete algún acto ilícito, sino que está tratando de definir cuándo podrá el Juez entender que alguien es víctima de trata y merecer credibilidad ante el alegato de contrario de que podía no haberse prostituido, o no haber vendido sus órganos. Ello aporta una razón más para prescindir de las finalidades enumeradas en la reforma, esta vez de la c). En efecto, basta con la cláusula general del art. 20,5º, del estado de necesidad para eximir de responsabilidad penal a quien se vea obligado a cometer delitos como contenido de la coacción de que es objeto, esta vez sí concurre una situación de necesidad, y si actúa la víctima en estado de necesidad. Por todo ello, aquí el texto de la reforma se refiere a un uso de los términos “situación de necesidad” distinto al del Cp, y sinónimo a la vulnerabilidad, lo cual en mi opinión carece de sentido como se ha tratado de explicar, y obliga a prescindir de ellos.

Por tanto, y en resumen, debe suprimirse la mención de la situación de necesidad, más restrictiva, con un inequívoco sentido jurídico, y aplicable en cualquier caso cuando concurra, sin necesidad de llevar a cabo previsiones que producen confusión. Y añadir al término “vulnerabilidad” el epíteto “especial” como estándar que el Juez interpretará ponderando las circunstancias de la víctima. De hecho, en el texto de la

reforma al preverse las agravaciones se usan los términos “*especial vulnerabilidad*” y no solo “vulnerabilidad” y se incluye como uno de los ejemplos la “*situación personal*” que puede coincidir perfectamente con la simple “vulnerabilidad” del tipo básico. Por ello, la especial vulnerabilidad se exigiría para los casos “básicos”, y se aplicaría la agravación cuando la especial vulnerabilidad proviniera de situaciones especialmente privativas de alternativas a la conducta abusiva del autor.

## 13.3. Trata de seres humanos: Art. 172 bis

**TANIA GARCÍA SEDANO**

*Profesora Asociada de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid*

---

### *Art. 177 bis del Anteproyecto*

#### **PROPUESTA ALTERNATIVA**

**TÍTULO XXIV “Delitos contra la Comunidad Internacional”.**

**Capítulo II Ter: “De la trata de seres humanos”.**

1. Será castigado con la pena de 3 a 6 años de prisión como reo de trata de seres humanos, el que empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, o mediante la entrega o promesa de recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control de la víctima, la captare, transportare, acogiere o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre ella, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La esclavitud, servidumbre o prácticas similares, explotación laboral, trabajos o servicios forzados, incluida la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.
- d) Extraer sus órganos corporales.
- e) La adopción ilegal o los matrimonios forzados en la medida que concurran los elementos constitutivos de este delito.

Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

A efectos de este delito será irrelevante la situación administrativa referida a la estancia en territorio español que tenga la víctima.

4. Se impondrá la pena en la mitad superior a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

a) Si se hubiera puesto en peligro de forma deliberada o por negligencia grave la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación a las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 de este Código.

b) Si se hubiera cometido empleando violencia grave como la tortura, el consumo obligado de drogas o medicamentos, la violación u otras formas de violencia psicológica, física o sexual grave.

c) La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.

*d) Si alguna de las infracciones se hubiera cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones.*

*Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.*

*En estos casos podrá imponerse una medida de libertad vigilada.*

## I. PREVIO

Con carácter previo señalar que no compartimos la ubicación sistemática del Título, considerando que en atención al bien jurídico protegido y a la naturaleza de la acción la ubicación sistemática óptima se encontraría en el Título XXIV que versa “Delitos contra la Comunidad Internacional”.

Proponemos la creación de un Capítulo II Ter en el que incardinaríamos el delito de Trata de seres humanos.

## II. TIPO BÁSICO DE TRATA DE SERES HUMANOS

### *II.1. Modificación penológica necesaria por incumplimiento del mandato europeo contenido en la Directiva 2011/36 UE*

La pena prevista, como ya se manifestó a propósito de las consideraciones a propósito del proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal, en el Proyecto para el art. 177 bis es excesiva, teniendo en cuenta tanto la Decisión Marco 2002/629/JAI como atendiendo a la proporcionalidad de este precepto en relación con el resto del articulado del Código Penal.

a) Si la voluntad del legislador español es ajustarse a las previsiones supranacionales de obligado cumplimiento por España (tal y como se indica en la Exposición de Motivos), la pena prevista para el tipo básico es tan elevada que podría afirmarse que llega a incumplir las previsiones a las cuales se pretende ajustar por medio de la reforma legislativa.

Las previsiones supranacionales establecen:

- Que las penas sean efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 3.1 de la Decisión Marco 2002/629/JAI y art. 23.1 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16-05-2005).
- Que se sancione con penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición (art. 3.1 de la Decisión Marco 2002/629/JAI y art. 23.1 del Convenio del Consejo de Europa).
- El art. 3.2 de la Decisión Marco 2002/629/JAI establece un mínimo de pena máxima privativa de libertad, concretamente una pena privativa de libertad no inferior a ocho años. Pero este límite de pena se aplica a supuestos específicos —que constituyen en el Proyecto español supuestos agravados—. Por lo tanto, la pena prevista en el Proyecto para el tipo básico del delito de trata de seres humanos debe ser inferior.
- El artículo 4.1 de la Directiva 2011/36/UE establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años.

El art. 177 bis del Anteproyecto resulta del todo inadecuado por su exacerbación punitiva.

b) Proporcionalidad con el resto del articulado del Código Penal.

Otro motivo para la modificación penológica propuesta es la coherencia interna del Código Penal español, puesto que en algunos casos la pena prevista para el delito de trata puede superar aquélla establecida para el homicidio. Además, entre los compromisos que España ha asumido (Unión Europea, Consejo de Europa) se encuentra que las penas previstas para el delito de trata de seres humanos sean proporcionadas. España incumpliría esta previsión con los marcos penales previstos en el Proyecto, puesto que dichas sanciones penales son superiores a las de los delitos previstos para la explotación e incluso los atentados contra la vida.

No podemos dejar de enunciar una cuestión que analizaremos con más detalle y es la contradicción en que incurre la pena prevista para el delito de trata con la establecida para el delito de matrimonio forzado.

De no proceder a modificar esta contradicción nos encontraríamos con la indeseable situación de beneficiar la finalidad de matrimonio forzado sobre el resto de finalidades típicas del delito de trata.

La pena propuesta —prisión de tres a seis años— permite la extradición, cumple con las indicaciones de la Unión Europea y resulta más proporcional con el resto del articulado del Código Penal.

## ***II.2. Tipo básico del delito de trata de seres humanos: Párrafo primero del Artículo 177 bis del Código penal***

### **II.2.a) Conducta típica**

#### *a) La acción*

El tipo requiere que sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella.

Es bastante discutible la mención al territorio que contiene el Anteproyecto. La razón de la discrepancia con el legislador radica en que la trata, además del comercio de personas, suele requerir su traslado físico. Sin embargo, la exigencia en el tipo de que el traslado tenga de alguna forma que concernir al territorio español no se compeadece bien ni con las definiciones de trata manejadas a nivel internacional ni con las normas que tienden a ampliar la competencia de los tribunales nacionales a supuestos cometidos fuera de sus fronteras —artículo 6 Decisión Marco DM 2002/629/JAI y artículo 31 Convenio de Varsovia—.

Por otra parte, en el concepto de trata de personas manejado a nivel internacional la relevancia penal de la conducta nunca se hace depender de que la misma implique traslado relacionado con el territorio de un determinado Estado, por más que la competencia de los respectivos Estados generalmente se hará valer sobre la base del principio de territorialidad, en supuestos en que la conducta se haya cometido cuanto menos parcialmente en un Estado que afirma su competencia.

La segunda de las cuestiones que venía siendo criticada y en las que el legislador tampoco ha entrado a reformar es la referencia a que la víctima sea nacional o extranjera y es que la referencia es innecesaria y redundante.

No se explicita en el Anteproyecto la referencia a que la víctima se encuentre en situación administrativa regular o irregular en España. Ha venido entendiéndose la irrelevancia de la situación administrativa pero sería aconsejable que el Anteproyecto amparase, explícitamente, este supuesto y ello con fundamento en el principio de legalidad penal así como en la obligación establecida en la Directiva 2011/36, relativa a la obligación de proteger a las víctimas, salvaguardando sus derechos humanos.

La Directiva de 2011/36 (artículo 2.1) al igual que hacía la sustituida Decisión Marco de 2002 establece que: “La captación, transporte, traslado, acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre esas personas”.

Se intenta tipificar las distintas etapas a través de las cuales se desarrolla la conducta de trata de personas.

Es precisamente la enumeración amplia, lo que lleva a incurrir a la enumeración de las conductas en reiteraciones, pues transportar y trasladar son términos prácticamente idénticos.

Otra advertencia debemos hacer a propósito de esta previsión, el Informe del Consejo fiscal considera, y nosotros compartimos, que la utilización de la expresión “incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas” es errónea y ello porque el resto del precepto alude correctamente a la víctima en singular, al ser la trata un delito que afecta a derechos personalísimos. El Consejo fiscal propone el cambio de “esas personas” por el artículo ella.

## **II.2.b) Los medios comisivos**

La directiva establece que si las conductas, que hemos analizado, se cometieren empleando amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra.

El Anteproyecto prevé que se entenderán cometidas empleando violencia, intimidación o engaño y el legislador con ello pretende incorpo-

rar, reduciendo el elenco, la previsión comunitaria mediante la fórmula de empleo de amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño.

a. Violencia.

b. Intimidación.

c. Engaño.

d. Abuso de una situación de superioridad o de una situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

No podemos compartir la decisión del legislador de incluir “Situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima” y ello por dos razones. La primera es que la inclusión de estas dos situaciones no es una opción acorde con la normativa internacional que nos vincula, así la Directiva 2011/36/UE no la incluye y por otro lado, provoca una situación de indeterminación conceptual pues define con igual contenido ambas situaciones que o son distintas conceptualmente o no tiene sentido que se diferencien para otorgarles el mismo significado.

e. Mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima.

En esta ocasión entendemos aconsejable la inclusión de la previsión de promesa de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima a fin de tipificar todas las posibilidades comisivas.

## **II.2.c) Finalidad de la explotación**

Con carácter previo y de conformidad con lo expuesto por el Consejo Fiscal en su Informe no compartimos la expresión “con el fin de explotarla mediante” y ello porque convierte el fin en medio, con la consiguiente confusión.

El tipo del delito, en el Anteproyecto, se refiere a que la explotación se realice con cualquiera de estas finalidades:

a) La esclavitud, servidumbre o prácticas similares, trabajos o servicios forzados, incluida la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.

- c) La explotación para realizar actividades delictivas.
- d) La extracción de sus órganos corporales.

Con la reforma la expresión utilizada en el artículo vigente para anunciar esos fines (“...con cualquiera de las finalidades siguientes:”), se sustituye por: “con el fin de explotarla mediante:”. Se acoge la expresión utilizada por citado artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE.

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

a. Esclavitud, servidumbre o prácticas similares, trabajos o servicios forzados, incluida la mendicidad.

El Anteproyecto ha integrado términos acuñados por los instrumentos internacionales reguladores de la trata, modalidades específicas de instrumentalización de personas en el ámbito laboral hasta ahora desconocidas (salvo la mendicidad) en la normativa penal española.

Es preciso que se definan y delimiten los distintos alcances de las conductas de nuevo cuño y ello en primer lugar por exigencia del principio de legalidad penal y en segunda instancia para dar una respuesta penal específica a las citadas e intolerables modalidades de instrumentalización laboral que se prevén como el destino de las víctimas, pues de lo contrario, el tratamiento penal de semejantes conductas de explotación tendrá menor relieve que la captación, transporte, traslado (...) de personas orientado a ese fin.

Consideramos que debería incluirse como finalidad la explotación laboral que no quedaría enmarcada dentro de esclavitud, servidumbre ni prácticas similares así como tampoco en trabajos o servicios forzados ni, por supuesto, en la mendicidad. A este respecto el argumento de au-

toridad que traemos no es sino la jurisprudencia que no aplica el delito de trata cuando la finalidad es la explotación laboral, así y solo como muestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Secc. 3ª, 597/2008, de noviembre de 2011.

- b. La explotación sexual, incluida la pornografía.
- c. La explotación para realizar actividades delictivas.
- d. La extracción de sus órganos corporales.
- e. Otras finalidades:

El legislador comunitario, en contra de lo que pudiera parecer, no establece un *numerus clausus* de finalidades propias del delito de trata, en ese sentido el párrafo 3º del artículo 2 resuelve que la explotación incluirá, “como mínimo” las conductas contempladas por el legislador nacional.

Se otorga a los Estados miembros de la Unión la posibilidad de incluir conductas no enumeradas en la Directiva 2011/36/UE así podrá ser según el párrafo 11 de la Directiva que señala: “así como otras conductas como, por ejemplo, la adopción ilegal o los matrimonios forzados en la medida en que concurran los elementos constitutivos del delito de trata de seres humanos”.

El Anteproyecto no incorpora en el tipo de trata ninguna de estas conductas mencionadas a título de ejemplo lo que no podemos considerar una buena opción y ello por varias razones.

Con carácter general el *numerus apertus* utilizado por el legislador comunitario permite que se incluyan otras conductas no previstas siempre que concurran los elementos constitutivos del delito de trata de seres humanos pero la proscripción de la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* lo impedirán de facto.

Desde una perspectiva más específica varios argumentos avalan esta tesis. La primera que el legislador nacional en la Exposición de Motivos (Párrafo XXV) se remite a la Directiva 2011/36/UE que regula la trata y considera incluida en el delito de trata la finalidad de matrimonio forzado.

La segunda se relaciona con el contenido del artículo 172 bis, por un lado la conducta tipificada en el párrafo segundo es perfectamente

incardinable en el delito de trata y no existe razón para una regulación fuera de ese tipo, por otro lado la pena impuesta no es coherente con una política criminal seria.

El legislador impone una pena de prisión de seis meses a tres años o pena de multa de 12 a 24 meses para el matrimonio forzoso, que menciona como finalidad propia del delito de trata de conformidad con la directiva y, sin embargo, para el delito de trata impone una pena de prisión de cinco a ocho años.

No podemos compartir esta opción que premia una finalidad, matrimonio forzoso, del delito de trata siendo una finalidad tan desdeñable como las demás.

Para concluir por lo que se refiere a la venta de niños para la adopción, concepto más restringido que el de adopción ilegal, no está incluida per se en ninguna de las finalidades incluidas en el artículo 2.3, salvo que se especifique expresamente como tal en la concreción nacional del delito por cualquier Estado miembro, ya que las finalidades que se recogen en el citado precepto son, como hemos visto, una exigencia de mínimos.

Consideramos adecuada su incorporación por dos razones una de índole técnica vinculada con el principio de legalidad penal y otra de carácter humano y es terminar con la violación de los derechos humanos de las víctimas sea cual sea la forma en la que se manifieste.

### ***II.3. Tipos agravados de trata de seres humanos (Art. 177 bis ap. 4 del Anteproyecto)***

El Anteproyecto da una nueva redacción a los subtipos agravados del apartado 4 del artículo 177 bis CP.

En el primero (letra a), la mención más genérica de puesta en grave peligro de la víctima que contiene el texto vigente, se sustituye en el anteproyecto por “la puesta en peligro de la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado peligro de causación de lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 CP”; concreción que resulta más respetuosa con el principio de legalidad y que se adecua a la Directiva 2011/36/UE.

En el segundo (b) se incluye a los menores, que en la redacción vigente integran un subtipo agravado independiente. Y como circunstancia de especial vulnerabilidad se establece el estado gestacional, lo que el Consejo General del Poder Judicial estima acertado.

Las agravaciones se determinan en función de las circunstancias objetivas en que se produce el proceso de trata, así como en atención a la particular vulnerabilidad de la víctima de trata, bien sea en razón de su enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal o sea menor de edad.

La norma a trasponer por el legislador nacional establece que si se puso en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima o cuando la infracción se cometió empleando violencia grave o causó a la víctima daños particularmente graves los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se considere agravante.

La posible comisión por negligencia grave no ha sido contemplada por el legislador nacional. Esta posibilidad se aviene mal con la gravedad de las penas impuestas y con la propia dinámica comisiva del tipo básico, sobre la que se han de asentar los subtipos agravados, caracterizados por la exigencia del dolo directo de primer grado.

En todo caso para cumplir con las obligaciones derivadas de la pertenencia a la Unión Europea debería preverse la comisión imprudente y la pena debería ser inferior a la comisión dolosa.

Ni la Directiva ni el Anteproyecto, a diferencia de la Decisión Marco exigen que la puesta en peligro de la vida sea grave por lo que podrían subsumirse supuestos de escasas entidad delictiva, lo que quizá debería quedar incluido en el tipo básico.

En cuanto a que la infracción se cometa empleando violencia grave o que causara a la víctima daños particularmente graves.

El legislador nacional no incorpora al ordenamiento español la referencia al medio comisivo “violencia grave” sino que hace referencia al resultado que constituye el fundamento del subtipo agravado.

Añadimos “si se hubiera cometido empleando violencia grave como la tortura, el consumo obligado de drogas o medicamentos, la violación u otras formas de violencia psicológica, física o sexual grave de modo

que haya causado un daño particularmente grave a la víctima”, de conformidad con el párrafo 12 de la Directiva cuya incorporación al ordenamiento interno se pretende.

b. La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.

La Directiva señala que en el contexto de la misma, entre las personas particularmente vulnerables deben estar incluidos, al menos, los menores y otros factores que podrían tenerse en cuenta al evaluar la vulnerabilidad de una víctima son, por ejemplo, el sexo, el estado de gestación, el estado de salud y la discapacidad.

Debe atenderse a una interpretación restrictiva de este tipo cualificado y ello porque si la vulnerabilidad ya se ha tenido en cuenta para afirmar la concurrencia del tipo básico del delito, después no puede volver a tenerse en cuenta para integrar el tipo cualificado si quiere evitarse la infracción del principio non bis in ídem. De ahí que deba necesariamente procederse a una estratificación de la vulnerabilidad, de contenidos ciertamente difusos, que conduzca a la aplicación del tipo básico, cuando se abuse de ella, se integra lo que podría considerarse un grado de vulnerabilidad no extremo, debiendo preservarse para la calificación conforme al tipo agravado únicamente aquellos supuestos de vulnerabilidad extrema.

El artículo 4.3 de la Directiva 2011 obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que se considere circunstancia agravante el hecho de que alguna de las infracciones mencionadas haya sido cometida por funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

#### ***II.4. Inclusión por el proyecto de párrafo 12 en el artículo 177 bis del Código Penal***

Se introduce un nuevo apartado en el artículo 177 bis que tiene la siguiente redacción: “En estos casos podrá imponerse una medida de libertad vigilada.”

En cuanto a la penalidad se hallaba obligado el legislador español obligado en virtud de Directiva 2011/36/UE y del artículo 23 del Con-

venio de Varsovia a imponer sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que pudieran dar lugar a la extradición.

Compartimos con el legislador esta decisión sin prescindir de las dudas de inconstitucionalidad que la medida plantea.

# 14. DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL

## 14.1. Delitos contra la indemnidad sexual de menores: Arts. 182, 183, 183 bis y 183 ter CP

**MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA**  
*Profesora Titular de Derecho Penal*  
*Universidad Autónoma de Barcelona*

---

*ARTS. 182, 183, 183 bis) y 183 ter) CP del Anteproyecto*

*ART. 182 CP del Anteproyecto*

### I. TEXTO VIGENTE

Art. 182

1. El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 182.1:

1. El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

#### Art. 182.1

1. *El que, interviniendo engaño o abusando de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.*

### IV. MOTIVACIÓN

Se propone mantener sustancialmente el texto del **art. 182.1** del anteproyecto puesto que contribuye a mejorar y dotar de sentido esta modalidad delictiva sin interferir o crear contradicciones con el resto de conductas dispuestas en el Título.

Esencialmente las modificaciones sugeridas en el anteproyecto son dos. De un lado, se amplía la conducta típica que incluye, junto al engaño, el abuso de confianza, superioridad o de influencia, esto es, el abuso motivado por la presencia de una relación de parentesco, proximidad o amistad con la víctima. De esta forma se brinda una *protección reforzada a los menores entre 13 y 16 años*. Se crearía así un tipo especial y agravado respecto al dispuesto en el art. 181.1.3 CP cuyo ámbito de aplicación quedaría reducido a los mayores de 16 años.

Por otra parte, se amplía la pena máxima hasta alcanzar los 3 años (art. 3.5 i) de la Directiva). De este modo se hace coincidir con la sanción dispuesta en el art. 181.1.3 CP, aplicable a los supuestos de abuso sexuales cometidos sobre mayores de 16 años. Sin embargo, a diferencia de aquel, en los casos más graves incluidos en el 182.1 del Anteproyecto se excluye la multa como alternativa a la privación de libertad.

Las reformas proyectadas, ampliación de la conducta típica e incremento de la pena, resultan adecuadas por cuanto permiten reforzar la tutela penal de la libertad sexual de un segmento de edad que todavía demanda de una especial atención, el comprendido entre 13 y 16 años. En este ámbito no son necesarias las cautelas y prohibiciones absolutas que se prevén para los menores de trece años pero sí parece conveniente crear un espacio intermedio que permita la intervención penal cuando

se dan situaciones de abuso o engaño, incluso aunque éstas no sean manifiestas ni coarten de forma absoluta la libertad de la víctima.

De este modo se evita elevar la edad penal del consentimiento sexual a los 16 años, como se ha propuesto por algún sector doctrinal y se mantiene en otras legislaciones de nuestro entorno, sin que ello suponga una merma de protección en esa franja de edad. Esta opción permite evitar la equiparación plena entre el mayor de 13 años y el mayor de edad, sin negar, de antemano, su capacidad de autodeterminación sexual.

La fórmula legal acogida para definir la conducta típica en el art. 182.1 Anteproyecto, que se corresponde básicamente con la empleada por la Directiva 2011/92, dejar fuera del precepto aquellas relaciones sexuales que se llevan a cabo entre menores, pero mayores de 13 años, cuando ambos tienen edades equivalentes. Esa exclusión resulta acertada y posibilita el respeto del ámbito de libertad reconocido a los menores que han superado la edad de consentimiento sexual sin incidir en las relaciones entre adolescentes o pre-adolescentes consentidas.

La interpretación, en el modo señalado, del art. 182.1 CP debería sin embargo **conducir a una adaptación de las penas dispuestas en el segundo párrafo del precepto examinado. De no ser así se estaría privilegiado el abuso sexual cometido sobre un mayor de 13 y menor de 16** cuando la conducta sexual hubiera consistido en un acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. En esos supuestos la pena seguiría siendo la de dos a seis años mientras que cuando se tratará de mayores de 16, y se hubiera perpetrado alguno de los actos sexuales señalados, la pena dispuesta en el art. 181.1.4 CP es de cuatro a diez años.

**El prelegislador de 2012 aborda la reforma de este precepto y de todos aquellos vinculados con la tutela de la indemnidad sexual de los menores sin reparar en que estas conductas se encuentran estrechamente vinculadas con los atentados dispuestos en el código penal para los mayores de edad. Esta parcela del Código Penal NO RESISTE otra modificación parcial, segada y ajena a la necesidad de llevar a cabo una valoración CONJUNTA y COHERENTE de TODAS las conductas contenidas en el Título VIII, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”.**

**ART. 183 CP del Anteproyecto****I. TEXTO VIGENTE****Art. 183**

1. *El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.*

2. *Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.*

3. *Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.*

4. *Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias:*

a. *Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.*

b. *Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.*

c. *Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*

d. *Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.*

e. *Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.*

f. *Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.*

*En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### Art. 183

1. *El que realizare actos de carácter sexual con un menor de trece años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.*

2. *Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de trece años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero.*

3. *Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.*

4. *Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concuira alguna de las siguientes circunstancias:*

a. *Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.*

b. *Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas:*

c. *Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*

d. *Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.*

e. *Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*

f. *Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.*

5. *En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Art. 183 (mantener el 183 CP vigente en los substancial, salvo lo indicado en negrita)*

*1. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.*

*2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.*

*3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.*

*4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

*a. Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.*

*b. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas*

*c. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*

*d. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.*

*e. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*

*f. Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.*

*5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.*

#### IV. MOTIVACIÓN

Se propone **mantener la redacción del art. 183 CP vigente**, por lo que se refiere a la determinación de las conductas típicas, e incorporar a ese texto la circunstancia agravante e) propuesta por el Anteproyecto por suponer una mejora técnica que no provoca contradicción alguna con lo dispuesto en el título objeto de la reforma.

Los motivos por los que se rechaza la propuesta del anteproyecto son varios. El primero de índole general y metodológico. Tal y como se señaló, no resulta **recomendable llevar a cabo una reforma sin examinar el conjunto de preceptos en los que la misma se inserta puesto que, esta forma de proceder, puede romper la necesaria coherencia y relación que debe medir entre normas que persiguen la tutela de un bien jurídico común, tal y como sucede en este caso.**

En segundo lugar, porque la misma **no es NECESARIA a la vista de las exigencias establecidas en de la Directiva 2011/92**. Los términos empleados por el CP para referirse a la acción típica en el art. 183 CP, “atentar contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años”, permite una interpretación amplia comprensiva de conductas en las que no se produce contacto físico entre autor y víctima, tanto en las agresiones como en los abusos. En la citada expresión caben todos los actos a los que se refiere la Directiva en el art. 3. Es decir, aquellos que suponen un contacto directo entre autor y menor, entre menor y un tercero e incluso aquellos otros en los que se “obliga” o facilita que el menor lleve a cabo una mera observación de terceros en actitud sexual.

Tal y como ha reconocido el propio Tribunal Supremos, lo esencial para colmar los tipos de los arts. 178 y ss. no se encuentra integrado por la producción de un contacto físico entre autor y víctima sino que lo importante es que el autor “coarte, limite o anule la libre decisión de una persona en relación a su actividad sexual”. Aunque sin duda esta no es la mejor forma de identificar la conducta típica la propuesta formulada en el anteproyecto ni permite ampliar su alcance ni supone una autentica mejora en aras a la consecución de mayor seguridad jurídica.

Para esclarecer este “punto oscuro”, común a un elevado número de modalidades delictivas en el derecho penal sexual, sería necesario proceder a **SINCRONIZAR** los diferentes delitos contenido en dicho título.

**Sin embargo, el prelegislador de 2012 lejos de clarificar estas cuestiones vuelve nuevamente a PARCHEAR una parcela de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual con el pretexto de adecuarlo a la normativa europea.**

### *ART. 183 bis) CP del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

##### *Art. 183 bis*

*El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

##### *Art. 183 bis*

*El que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de trece años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.*

*Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque al autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años.*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*No incluir esta nueva modalidad delictiva. Mantener el actual art. 183 bis con las indicaciones que se sugieren en relación a la propuesta de inclusión del art. 183 ter) del Anteproyecto.*

#### IV. MOTIVACIÓN

Se propone suprimir el nuevo **art. 183 bis** del Anteproyecto. Las conductas encuadrables en el mismo reciben ya una adecuada respuesta en otros preceptos del Código Penal. En algunos casos, a través de la aplicación de los delitos de abusos o agresiones sexuales a menores del art. 183.1 y 2 CP, cuya redacción se propone mantener. En otros, probablemente los más numerosos, las conductas cubiertas por el art. 183.1 bis) del Anteproyecto deberían subsumirse en el delito de exhibicionismo tipificado en el art. 185 CP. En el citado precepto se castiga la conducta del que hace presenciar a un menor (de hasta 18 años) actos de carácter sexual —entre los que se incluye la exhibición obscena— tanto si estos son realizados por el propio autor como si es el autor el que hace ejecutar a un tercero los actos de exhibición ante el menor.

Además, la pena dispuesta el art. 185 CP coincide con la demandada por la Directiva en esta clase de conductas, privación de libertad de una duración máxima del al menos una año (art. 3.2 Directiva 2011/92).

La inclusión específica en el código de las conductas dispuestas en el art. 183.2 bis) del Anteproyecto tampoco añaden nada nuevo. Por el contrario, podría conducir a atenuar la responsabilidad del sujeto que obliga a un menor, con o sin violencia o intimidación, a presenciar un atentado contra la libertad o indemnidad sexual de un tercero. Estos supuestos resultan abarcados por los tipos del art. 183 1 y 2 CP. En esos casos el actual código permite imponer una pena de prisión de dos a seis años o de cinco a diez años respectivamente dependiendo de si se emplea o no violencia o intimidación sobre el menor para obligarlo a presencia ese delito contra la libertad sexual.

Debería además reflexionarse sobre la conveniencia de una previsión que supone la atenuación de la pena cuando el obligado a presenciar una acto delictivo, constitutivo de un abuso sexual, es un menor y no cuando se trata de una mayor de 13 años.

**En definitiva, falta una reflexión sosegada sobre la valoración que merecen las conductas en las que no se produce contacto físico entre autor y víctima pero que integran atentados contra la libertad e indemnidad sexual. Esta reflexión debería llevarse a cabo también el ámbito de los adultos. Por todo ello, considero inadecuada y precipi-**

**tada la inclusión expresa de esta clase de conductas en los arts. 183 y 183 bis del anteproyecto. NO DEBERÍA INCLUIRSE referencia alguna a estas conductas hasta que no se alcanzara un acuerdo sobre su significado y trascendencia para menores y adultos.**

### *ART. 183 ter) CP del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

---

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

##### *Art. 183 ter*

*1. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.*

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

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

##### *Art. 183 bis*

*1. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento,*

*será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.*

*2. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y obtenga material pornográfico o consiga que éste le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.*

*(Podría también, como posibilidad alternativa y más adecuada, eliminarse el art. 183 ter y trasladarse el segundo párrafo al nuevo art. 198 del Anteproyecto en la forma en la que aquí se indica).*

#### IV. MOTIVACIÓN

Se propone la eliminación del párrafo segundo del **art. 183 ter.** del proyecto. Incluso resultaría conveniente eliminar también el primer inciso de la citada norma.

Todas las conductas dispuestas en este precepto sancionan tentativas de agresiones o abusos sexuales a menores o de creación de pornografía infantil. De este modo, el legislador y ahora el prelegislador han tratado de adelantar, infructuosamente, las barreras de intervención penal para prevenir conductas que están generando alarma social y mediática.

Sin embargo, esta opción se ha revelado como poco eficaz. Por ello, se propone que esta conducta, que se encuentra recogida como de obligatoria incriminación en la Directiva de 2011 (art. 6.2 de la Directiva), se traslade al ámbito de la pornografía infantil, art. 189 Anteproyecto.

Se trataría de configurar ese nuevo delito como una forma específica de elaboración de material pornográfico, en la que no es el autor el que crea o produce la pornografía directamente sino que se sirve del propio menor para obtenerla. De este modo, se lograría cumplir la Directiva y dar una respuesta plausible a conductas que, en términos criminológicos, son significativa y frecuente.

No obstante, al sustraerla de este capítulo y trasladarla al señalado, pornografía infantil, el tipo debería exigir la efectiva obtención por el

autor del material pornográfico o, cuanto menos, el acceso efectivo del adulto a las imágenes pornográficas del menor.

## 14.2. Delitos contra la indemnidad sexual: Arts. 182 y 183

**MYRIAM CABRERA MARTÍN**  
*Profesora Asociada de Derecho Penal*  
*Universidad Carlos III de Madrid*

---

### *ART. 182 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

Art. 182

*“1. El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.*

*2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3ª, o la 4ª de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.”*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

Art. 182

*“1. El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.*

*2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3ª, o la 4ª de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Suprimir el vigente art. 182 CP.*

### IV. MOTIVACIÓN

La permanencia del abuso sexual fraudulento en el Código penal ha sido reiteradamente criticada por la doctrina. El artículo 182 es un precepto que no se suele aplicar y, en los casos en los que se ha hecho la conducta podría encuadrarse en un abuso sexual de prevalimiento. Con la propuesta de reforma del artículo 183 que se presenta, queda reforzada la protección de los menores de dieciséis años en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por lo que la permanencia del abuso sexual fraudulento en el Código penal tiene aún menos sentido.

#### *ART. 183 del Anteproyecto*

### I. TEXTO VIGENTE

#### *CAPÍTULO II BIS*

#### *DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE TRECE AÑOS*

##### *Art. 183*

*“1. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.*

*2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.*

*3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.*

*4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias:*

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años."

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### CAPÍTULO II BIS

#### DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE TRECE AÑOS

##### Art. 183

"1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de trece años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de trece años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias:

a. Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

b. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermana, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

f. Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años."

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

#### CAPÍTULO II BIS

#### DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS

##### Art. 183

1. El que involucre a un menor de dieciséis años en actos de carácter sexual que impliquen contacto físico, será castigado como responsable de abuso sexual con la pena de dos a seis años.

2. Si hubiere utilizado violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual con la pena de cinco a diez años de prisión.

3. Cuando los actos de carácter sexual consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cinco a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de prisión de diez a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior, cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias:

a) Se mantiene sin variación el texto vigente y del anteproyecto.

b) Se mantiene sin variación el texto vigente y del anteproyecto.

- c) *Se mantiene sin variación el texto vigente y del anteproyecto.*
- d) *Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad, confianza o influencia manifiestas sobre la víctima.*
- e) *Se mantiene sin variación el texto del anteproyecto.*
- f) *Se mantiene sin variación el texto vigente y del anteproyecto.*
5. *Se mantiene sin variación el texto vigente y del anteproyecto.*
6. *No será constitutiva de delito la conducta del que realice actos de carácter sexual con un menor que ya haya alcanzado la edad de trece años, siempre que éste haya dado su consentimiento y la diferencia de edad entre las partes no sea superior a cinco años. No obstante, si el consentimiento se hubiera obtenido mediante violencia, intimidación o prevalimiento de una relación de superioridad, confianza o influencia sobre el menor las conductas serán sancionadas con arreglo a los apartados anteriores de este artículo.*

## VIII. MOTIVACIÓN

La utilización de la expresión “*involucrar a un menor en actos de carácter sexual que impliquen contacto físico*” en la descripción de la conducta típica permite incluir no sólo los supuestos en los que el sujeto activo practique actos sexuales sobre el menor, sino también aquéllos en los que obligue al menor a practicar actos sexuales con un tercero o sobre sí mismo. Con esta descripción ya no será precisa la inclusión de un segundo inciso en el apartado 2 del artículo 183. Esta descripción de la conducta típica se propugna en relación con los abusos y agresiones sexuales en general (no sólo en relación con los contenidos el Capítulo II Bis), por lo que habría que modificar en el mismo sentido los artículos 178 y 181 del Código penal. Se sugiere que, o bien en el artículo 178 (por ser el que inicia el Título) o bien entre las disposiciones comunes, se incluya un apartado de aproximadamente el siguiente tenor:

*“Se entenderá por actos sexuales que impliquen contacto físico los que supongan contacto físico del sujeto pasivo con la víctima, de la víctima con un tercero o de la víctima consigo misma”.*

Se eleva hasta los dieciséis años la edad genérica para el consentimiento sexual. Se opta por esta edad atendiendo a consideraciones jurídicas y psicológicas. Desde el punto de vista jurídico, se tiene en cuenta que el ordenamiento español sitúa en los dieciséis años la edad genérica

para la emancipación, para la integración en el mercado laboral, para otorgar consentimiento en el ámbito sanitario y para la aplicación de un régimen más severo en materia de responsabilidad penal; además, si efectivamente se eleva la edad para contraer matrimonio a los dieciocho años, situar en dieciséis años la edad para consentir en el ámbito sexual, parece coherente. Desde el punto de vista psicológico, se ha tenido en cuenta la aportación de los especialistas en la materia, que señalan cómo durante la primera adolescencia (hasta los quince o dieciséis años) la capacidad de tomar decisiones sobre la sexualidad es menor y está más sujeta a manipulación. Se ha considerado, asimismo que la edad mínima vigente para consentir válidamente en el ámbito de las relaciones sexuales en España (trece años) es la más baja de los países de la Unión Europea. La rúbrica del Capítulo II Bis del Título VIII del Libro II del Código penal se modifica por coherencia con los cambios introducidos en materia de edades en el artículo 183.

Para salvaguardar la posibilidad de que, por debajo de los dieciséis años, los menores puedan mantener relaciones sexuales lícitas en condiciones de igualdad, ya que en estos supuestos no se aprecia lesividad para el bien jurídico protegido, se introduce un nuevo apartado 6 en el artículo 183, que expresamente deja al margen de la intervención penal los actos de carácter sexual con un menor que ya haya alcanzado la edad de trece años, siempre que éste haya dado su consentimiento y la diferencia de edad entre las partes no sea superior a cinco años. Se considera que, para una adecuada protección de los menores en el ámbito de la sexualidad, no sólo se ha de atender a la edad de la víctima, sino que también ha de operar como factor fundamental la asimetría de edad entre las dos partes para evitar que la diferencia de edad, madurez, experiencias, conocimientos, intereses y expectativas puedan afectar al adecuado desarrollo del menor. La asimetría de edad constituye un factor fundamental que no ha sido debidamente tenido en cuenta en nuestro ordenamiento y que, sin embargo, sí está presente en legislaciones como la italiana, la austríaca o la suiza.

Se propugna una rebaja de las penas mínimas. La Directiva 2011/92/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil impone el establecimiento de unos límites máximos de las penas pero, teniendo en cuenta la severidad

de las penas previstas en nuestra legislación para los delitos sexuales y el necesario respeto al principio de proporcionalidad de las penas, se requiere una rebaja de los límites mínimos y, allí donde sea posible, también de los máximos. Excede del propósito de esta enmienda abordar el análisis de las penas previstas en todo el Título VIII, pero sería conveniente que se aprovechara la reforma del Código penal para introducir mayor racionalidad en esta cuestión.

Se modifica la letra d) del apartado 4 del artículo 183 por considerarse que la redacción que se propugna, al tiempo de resultar más precisa que la vigente, incorpora las previsiones del artículo 3.5 de la Directiva 2011/92/UE, en relación con los supuestos de prevalimiento de menores.

# 14.3. Delitos de abusos sexuales a menores: Arts. 182, 183 y 183 bis

**M<sup>a</sup> INMACULADA RAMOS TAPIA**  
*Profesora Titular de Derecho Penal*  
*Universidad de Granada*

---

## *ART. 182 del Anteproyecto*

### **I. TEXTO VIGENTE**

Art. 182:

*“1. El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.*

*2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3<sup>a</sup> o la 4<sup>a</sup> de las previstas en el art. 180.1 de este Código”*

### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

Art. 182:

*“1. El que interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años”*

*2. [no se modifica]*

### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

Art. 182:

*“1. El que practique actividades sexuales con una persona mayor de trece años y menor de dieciocho abusando de una situación de superioridad, confianza o influencia manifiestas sobre la víctima o abusando de su situación*

*de especial vulnerabilidad, en particular debido a una discapacidad física o mental o a una situación de dependencia, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años de prisión.*

*2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de tres a ocho años.*

*3. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

*a) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.*

*b) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*

*c) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedique a tales actividades.”*

#### IV. MOTIVACIÓN

1. El art. 18 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (ratificado por España el 22 de julio de 2010, publicado en BOE de 12 de noviembre de 2010) obliga a tipificar como abuso sexual la conducta del que realiza actos sexuales con un niño *“abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño, incluso en el seno de la familia; o abusando de una situación de especial vulnerabilidad del niño, en particular debido a una discapacidad psíquica o mental o una situación de dependencia”*. El art. art. 3.4 de la Directiva 2011/93/UE establece una obligación prácticamente idéntica, con la previsión, además, de que la pena máxima para este delito debe ser al menos de tres años de prisión si el menor ha alcanzado la edad del consentimiento sexual y de ocho años si no ha alcanzado la misma.

El Anteproyecto ha introducido esta modalidad de abuso sexual a menores en el art. 182.1 pero limitado a las víctimas de edades comprendidas entre los 13 y los 16 años. De esta manera, el abuso con prevalimiento de un menor de más de 16 años quedaría sancionado por el art. 181.3, que tipifica el abuso sexual por prevalimiento genérico (sin distinguir si la víctima es una persona adulta o un menor de edad) con

pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. Esta regulación no resulta acorde con la normativa europea que parte de la necesidad de singularizar el abuso sexual con prevalimiento de menores (incluidos los comprendidos entre 16 y 18 años) respecto al de adultos y que obliga a prever una pena máxima de al menos tres años de prisión (art. 3.4 de la Directiva), prescripción que no se cumpliría con el actual 181.3.

Por ello, en la propuesta alternativa la conducta típica del art. 182.1 se refiere a cualquier menor que tenga más de trece años (los abusos a menores de trece años tienen una regulación autónoma en el capítulo II bis), de manera que el art. 181.3 limitaría su ámbito de aplicación al abuso con prevalimiento de adultos. La redacción de la conducta típica se modifica para mantener el término de “abuso de una situación de superioridad manifiesta”, expresión cuya interpretación es pacífica en la práctica jurisprudencial, frente al de “posición de reconocida autoridad” copiada literalmente de la Directiva. Es reiterada la jurisprudencia que entiende la expresión “superioridad manifiesta” como equivalente a una superioridad evidente, clara, perceptible objetivamente y no solo de forma subjetiva por una de las partes” [STS 22/12/2006, (*Tol 1026918*)]. Además, en la descripción típica se añade el otro supuesto abuso de prevalimiento contemplado en la normativa europea: el abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima.

La propuesta alternativa prescinde de la tipificación del abuso mediante engaño, que el Anteproyecto mantiene equiparándolo al abuso sexual con prevalimiento. Hay coincidencia en la doctrina sobre el carácter anacrónico del abuso fraudulento (aplicable tradicionalmente a los casos en que el autor recurría a falsas promesas de matrimonio para conseguir el contacto sexual) y la falta de autonomía en su ámbito de aplicación respecto al abuso con prevalimiento. De hecho, en la normativa europea no hay referencia alguna al abuso sexual mediante engaño.

2. En el art. 182.2, la propuesta alternativa eleva la pena para el supuesto de existencia de acceso carnal o penetración, de una manera proporcionada respecto a la pena del tipo básico de abuso con prevalimiento de menores y la pena prevista para el abuso sexual con acceso carnal de menores de 13 años en el vigente art. 183.3 CP. Ahora bien, esta propuesta implica necesariamente la modificación de la pena prevista

en el art. 181.4 para el abuso con prevalimiento de adultos, que debería rebajarse. El Anteproyecto no ha modificado el texto vigente de este apartado (que prevé una pena de prisión de dos a seis años) dando lugar a la manifiesta incongruencia de castigar estos supuestos con una pena inferior a la prevista en el art. 181.4 para el abuso genérico de prevalimiento con acceso carnal o penetración, aplicable a los casos de víctimas adultas (o mayores de 16 años si se mantuviera el texto del art. 182.1 del Anteproyecto).

Se suprime la agravación prevista en el último inciso del vigente art. 182.2 (y que el texto del Anteproyecto mantiene) puesto que las circunstancias a las que remite (3<sup>o</sup> o 4<sup>o</sup> del art. 180.1) son elementos del tipo penal de abuso sexual con prevalimiento de menores.

3. Se introduce en el 182.3 las circunstancias agravantes que la Directiva obliga a apreciar en todos los delitos sexuales contra menores y que no está previstas en el texto vigente para el abuso sexual con prevalimiento.

### *ART. 183. 1 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 183.1:*

*“El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.”*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 183.1:*

*“El que realizare actos de carácter sexual con un menor de trece años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 183.1:

*“El que practicare actividades sexuales con un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual con la pena de prisión de dos a seis años. Quedan excluidas las actividades sexuales libremente consentidas entre menores próximos por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”.*

### IV. MOTIVACIÓN

Se valora positivamente que el Anteproyecto sustituya la vigente descripción del tipo de abuso sexual a menor de trece años por la imprecisión de la expresión “atentar contra la indemnidad sexual”, nada acorde con la exigencia de certeza o taxatividad que dimana del principio de legalidad penal. Se prefiere, sin embargo, la expresión “practicar actividades sexuales” para describir la conducta típica en cuanto resulta más amplia que la de “realizar actos de carácter sexual” e indica de manera más clara que el tipo penal abarca no sólo la realización de actos sexuales sobre el menor sino también los supuestos en que obliga al menor a realizar actos sexuales sobre su propio cuerpo (actividad sexual sin contacto físico). Esta propuesta coincide con la terminología empleada en la versión española del Convenio del Consejo de Europa, donde se describe la conducta del abuso sexual como “practicar actividades sexuales con un niño” y en la Directiva, donde, aunque en su versión española se utiliza la expresión “realizar actos de carácter sexual” (copiada por el Anteproyecto), la descripción del abuso sexual en la versión inglesa es “engaging in sexual activities with a child”, una expresión más amplia que la de realizar actos sexuales.

En coherencia, si se admite esta enmienda, también debe modificarse en el mismo sentido los arts. 178, 181.1 y 182.1 CP.

Por otro lado, la propuesta aporta una solución legal para los casos de relaciones sexuales consentidas de un menor de trece años con otro menor mayor de catorce, al que, según la regulación vigente, debe exigírsele responsabilidad penal. Este problema es tratado en la Circular 9/2011 de la Fiscalía General del Estado sin que el Anteproyecto haya aborda-

do el problema al reformar el art. 183. La propuesta alternativa incluye una exclusión expresa del tipo penal de las actividades consentidas entre menores, de manera que allí donde las edades de los intervinientes sean próximas y la actividad sexual aparezca como parte del normal desarrollo de la sexualidad del menor de 13 años, no pueda iniciarse un proceso penal contra el otro menor interviniente. Si la protección penal del menor de trece años frente a cualquier injerencia de tipo sexual tiene como fin garantizarle una libre formación y desarrollo de su sexualidad, la intervención penal pierde su sentido cuando se trata de conductas voluntarias realizadas entre menores como parte del proceso de iniciación en la sexualidad. De hecho, el Convenio del Consejo de Europa, tras prescribir que debe castigarse como delito de abuso sexual el “participar en actividades sexuales con un menor que no alcanzado la edad del consentimiento sexual según la legislación nacional” (art. 18.1.a) añade expresamente que “dicha disposición no está dirigida a regular las actividades sexuales consentidas entre menores” (art. 18.3). Igualmente, la Directiva advierte que no quedan reguladas por lo dispuesto sobre los abusos sexuales a niños que no hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual las “actividades sexuales consentidas entre iguales”, entendidas como “las actividades sexuales entre niños o en las que participan personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”.

### *ART. 183. 2 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 183.2:*

*“Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.”*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 183.2:*

*“Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la*

*pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de trece años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Mantener el texto del Art. 183.2 del Anteproyecto pero modificar el Art. 178 del texto vigente.

*Art. 178:*

*“El que practicare actividades sexuales con otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a otro a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero.”*

### IV. MOTIVACIÓN

La modificación del art. 183.2 que realiza el Anteproyecto responde a la obligación contenida en el art. 3.6 de la Directiva de incriminar la conducta de “compeler a un menor con violencia o intimidación a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero”. Se olvida, sin embargo, que el art. 183.2 sólo resulta aplicable cuando la víctima es un menor de trece años y que, por tanto, la prescripción de la Directiva obliga también a reformar el 178 CP, aplicable a las agresiones sexuales a menores de más de trece años.

Aunque, en el caso de víctimas mayores de trece años, esta conducta podría castigarse a través de las figuras de la coautoría (si el que realiza la actividad sexual con el menor es conocedor del ejercicio de violencia o intimidación sobre aquél) o de la autoría mediata (si el desconocimiento del tercero lo convierte en un instrumento), sin embargo, parece preferible que la equivalencia de esta conducta con la autoría de una agresión sexual se establezca expresamente.

***ART. 183 bis del Anteproyecto*****I. TEXTO VIGENTE**

Art. 183 bis):

*“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación (...) “*

*[Esta redacción no se modifica en el Anteproyecto sino que se traslada a un nuevo art. 183 ter.1]*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

Art. 183 bis):

*“El que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de trece años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.*

*Si le hubiere hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años”*

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

Mantener el texto del art. 183 bis) del Anteproyecto pero modificar el art. 185 CP.

Art. 185:

*“El que ejecutare o hiciera ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de más de trece años o una persona discapacitada necesitada de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses. Si le hubiere hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años.”*

**IV. JUSTIFICACIÓN**

La incriminación de la conducta introducida en el art. 183 bis) del Anteproyecto viene prescrita por el art. 22 del Convenio del Consejo de Europa (que la denomina “corrupción de menores”) y por el art. 3.2 y 3 de la Directiva, que la considera como una “infracción relacionada

con los abusos sexuales” y obliga a prever una pena máxima de al menos dos o tres años de prisión dependiendo de si se hace presenciar actos sexuales o abusos sexuales.

Pero el Anteproyecto ignora la existencia del delito de exhibicionismo del vigente art. 185 CP, que abarca, según su aplicación jurisprudencial, los supuestos de hacer presenciar a un menor (incluidos los menores de 13 años) actos de carácter sexual ejecutados por el mismo autor o por un tercero, si bien castigados con una pena mucho más leve que la previstas en la Directiva (prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses). Por ello, si se introduce el nuevo tipo penal del art. 183 bis, es necesario limitar su ámbito de aplicación respecto al art. 185 CP, que debe restringir su ámbito aplicación a los menores con más de trece años.

Pero, al mismo tiempo, debe darse una respuesta adecuada a los casos en que se hace presenciar a un mayor de trece años un abuso sexual, supuesto de mayor gravedad que los casos de mero exhibicionismo (art. 185) o provocación sexual (art. 186). Por ello, se propone un pena más grave que la prevista para esos casos pero más leve que la recogida en el nuevo art. 183 bis) para los menores de trece años.

### *Notas críticas sobre la regulación de los abusos sexuales a menores en el Anteproyecto de Reforma de 2012*

La Exposición de motivos del Anteproyecto justifica la reforma de los delitos sexuales a menores por la necesidad de transponer la Directiva 2011/93/UE pero olvida mencionar que también es necesario adaptar nuestra legislación al Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (ratificado por España el 22 de julio de 2010, publicado en BOE de 12 de noviembre de 2010), norma internacional en la que se inspira la Directiva.

Ambos textos normativos europeos parten de la premisa de que los menores de edad merecen una especial protección frente a las conductas de abusos sexuales, explotación sexual y pornografía infantil, por su especial vulnerabilidad y por el daño que dichas conductas infieren en su desarrollo. Esa especial protección no se traduce únicamente en un

aumento de las penas previstas en relación a los delitos sexuales contra adultos sino que requiere además la configuración como delito de muchas conductas que sólo deben ser punibles cuando se realizan con menores. Para responder a este objetivo, habría que cambiar la sistemática del Código Penal e insertar un Capítulo dedicado a los delitos sexuales contra menores, donde se tipificaran, ordenados sistemáticamente, los delitos de abusos sexuales y relacionados con ellos (incluyendo entre los mismos de manera específica los abusos a menores de trece años), los delitos de explotación sexual (prostitución y utilización en espectáculos pornográficos) y los delitos de pornografía infantil.

Sin embargo, el Anteproyecto de Reforma, lejos de abordar este cambio, adopta una posición conservadora de la vigente sistemática de esta materia y realiza una reforma de “corto y pego” de las prescripciones de la Directiva, sin prestar atención alguna a si ello produce incoherencias sistemáticas o solapamientos con los tipos penales vigentes. Mantiene además los marcos punitivos desproporcionados en los abusos sexuales a menores de trece años que introdujo la reforma de 2010, especialmente en los límites mínimos de los marcos penales, lo cual impide tener en cuenta la gran diversidad que pueden presentar estas conductas desde un punto de vista valorativo de su gravedad.

## 14.4. Child grooming: Art. 183 Ter CP

**FERNANDO MIRÓ LLINARES**

*Profesor Titular de Derecho penal  
Universidad Miguel Hernández de Elche*

**ESTHER MORÓN LERMA**

*Profesora Titular acreditada de Derecho penal  
Universidad Autónoma de Barcelona*

**MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA**

*Profesora Titular de Derecho penal  
Universidad Autónoma de Barcelona*

---

### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 183 bis*

*El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 183 bis*

*1. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.*

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

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

1. El que por medio de las TIC contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de seis meses a un año de prisión, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Si el acercamiento se obtiene mediante coacción, se impondrá la pena de prisión de 1 año y 6 meses a 3 años.

2. El que por medio de las TIC solicite u obtenga de un menor de trece años imágenes pornográficas en las que aparezca dicho menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a un año.

### IV. MOTIVACIÓN

El legislador del Anteproyecto ha decidido, frente a las voces críticas que solicitaban su derogación, mantener con la misma redacción la tipificación del denominado *on line child grooming* o ciberacoso sexual a menores, limitándose a cambiar la numeración del artículo —situándolo en el 183 ter—, pero incluyendo, además, un nuevo precepto en el segundo apartado del nuevo 183 ter que es el que va a ser objeto principal de esta enmienda. Los Informes, tanto del Consejo General del Poder Judicial, como de la Fiscalía General del Estado, relacionan esta nueva conducta delictiva con la pornografía infantil, concretamente con la captación de imágenes con la que incluso podría solaparse. En este sentido, el Informe del CGPJ determina que el “comportamiento tipificado se sitúa en el momento previo a la ejecución del delito planeado por el autor, que es el de producción de pornografía infantil.”, y el Informe de la FGE, da un paso más afirmando que con “el art 189 CP ya se podrían reprimir tales conductas”. Asimismo, la Directiva 2011/93/UE, relativa a la

lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, en el segundo apartado de su artículo 6 prevé que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor.”. No obstante, parece que el legislador español, al incluir la conducta del segundo apartado del 183 ter. no en el Capítulo V —que en el Proyecto cambia su actual rubrica por la siguiente: “De los delitos relativos a la prostitución, y a la explotación sexual y corrupción de menores”—, sino en el Capítulo II bis “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, ha entendido este acto no como un acto preparatorio de una posterior conducta de las tipificadas en el art. 189 relativas a la pornografía infantil, sino como un acto preparatorio de una posterior conducta de abuso o agresión sexual a un menor de trece años. En definitiva, parece que el motivo que ha llevado al legislador a situarlo en el Capítulo II bis, es la consideración de la necesidad de protección penal de esta conducta sólo cuando los titulares del bien jurídico son los menores, pero no cualquier menor, sino sólo aquél menor de 13 años, otorgando a esta conducta una mayor penalidad por el mayor valor del bien jurídico a tutelar: la indemnidad sexual.

En realidad, y desde una perspectiva criminológica, la conducta realizada por un adulto consistente en la obtención de imágenes del propio menor, conlleva un riesgo alto tanto para la libertad sexual del menor como para la más genérica libertad de obrar, pues con las imágenes en su poder el adulto las suele utilizar tanto como material pornográfico como instrumento para la coacción de su víctima. Teniendo en cuenta que lo que se sanciona en el primer apartado del art. 183.ter es la mera solicitud de contacto unida a actos materiales encaminados al mismo, podemos decir que la solicitud u obtención de tales imágenes del mismo menor conlleva un riesgo por lo menos de la misma entidad que la conducta tipificada en el primer apartado del art. 183 ter. Si a ello le sumamos la tendencia actual de adelantamiento de las barreras de punición, ésta podría ser una muestra más de la tipificación de un comportamiento que

desde un punto de vista de lesividad del bien jurídico protegido, podría considerarse un acto preparatorio de otras conductas posteriores lesivas, ya no sólo de la indemnidad sexual, sino de otros bienes jurídicos como la libertad o la intimidad del menor. De este modo, si admitimos la tipificación de la conducta del primer apartado del 183 ter por su potencial lesividad para estos bienes, por los mismos motivos deberemos aceptar la tipificación del segundo apartado, pues ambos tienen un injusto de igual entidad.

Una vez aceptada la punición de las conductas previstas en el nuevo 183 ter., se proponen las siguientes mejoras en aras de un mayor rigor de técnica legislativa, así como en pro de una mayor coherencia y proporcionalidad de acuerdo con una interpretación sistemática del CP. En primer lugar, se propone la sustitución de la fórmula “realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite/muestre” por “solicite u obtenga”. Esto supondría una simplificación de la redacción que replicaría en una mayor seguridad jurídica. Además, el legislador introduce por primera vez en el CP una conducta, la de embaucar, que no tiene hasta la fecha ningún precedente del que podamos deducir su significado a efectos interpretativos, poniendo en riesgo de esta forma también la funcionalidad misma del principio de taxatividad. El término embaucar según el Diccionario de la RAE, significa “engañar, alucinar, prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado”. Siendo así, parece que con esta fórmula el legislador pretendía tipificar aquellos actos en los que un sujeto se aprovecha de la ingenuidad de los menores de trece años para obtener imágenes pornográficas, pareciendo necesario, entonces, demostrar tal dinámica de engaño sobre el menor y pudiendo quedar fuera aquellos casos en los que es el menor el que propone la entrega de las imágenes aceptándolas el adulto. La mencionada complejidad interpretativa de este nuevo término viene acompañada, además, de la dificultad probatoria, puesto que deberá atribuirse al sujeto no sólo la obtención de las imágenes o su solicitud, con total conocimiento, sino un “algo más” que no puede ser concretado pero que debe relacionarse con las previas conversaciones entre el sujeto activo y el pasivo. Obviamente esto complicaría enormemente la aplicación de este precepto en la práctica judicial.

Resulta preferible, por tanto, sustituir esta compleja y ambigua expresión de “actos dirigidos a embaucar” por aquellas dos conductas que definen con más precisión el injusto que se pretende evitar. La primera de ellas consiste en la obtención de la imagen pornográfica, conducta que más bien define el resultado de riesgo para el bien jurídico que el legislador quiere sancionar. La imagen se puede obtener de muchas formas posibles y por medio de dinámicas distintas de engaño, abuso de superioridad, coacción, entre muchas otras; pero el propio hecho de lograr tener la imagen conlleva ya un riesgo en relación con bienes fundamentales relacionados directamente con la libertad e indemnidad del menor que merece el reproche penal que se le asigna. Eso sí, no se entenderá que habrá tipicidad cuando el adulto reciba las imágenes por parte del menor, pues en ese caso no es él quien, de un modo u otro, las ha obtenido.

La segunda de las conductas consiste en la solicitud de la imagen que, aun tratándose en algunos casos de una conducta anterior a la obtención, es diferente a esta, dado que la imagen se puede obtener sin ser solicitada por el propio sujeto activo. La solicitud de la imagen es correspondiente a la otra parte de los actos “dirigidos a embaucarle para que le facilite”, y conlleva, sólo en relación con menores de trece años, un riesgo para la libertad en el proceso de toma de decisiones del menor y en relación con otros intereses como su propia indemnidad sexual, suficiente como para la incriminación de tal conducta.

Centrándonos ahora en la *ratio legis* del nuevo 183 ter, si la pretensión del legislador con la inclusión del apartado 2 es la protección de la indemnidad sexual, parece claro que las dos conductas tipificadas en el apartado segundo del art. 183 ter del Anteproyecto, difieren en la intensidad de la afectación al bien jurídico protegido: la indemnidad sexual se verá afectada en menor medida por el hecho de conseguir que el menor “le facilite material pornográfico” que cuando “le muestre imágenes pornográficas en las que aparezca dicho menor. Es por ello, que el legislador debería optar, bien por hacer una diferenciación entre estas dos conductas a efectos de pena, o bien —como se propone— por suprimir la referencia a la facilitación de cualquier otro material pornográfico.

En relación a la pena prevista en el Proyecto para el apartado 2, conforme al principio de proporcionalidad, que liga la gravedad de la pena

a la conducta del delincuente, teniendo en cuenta que el apartado 1 y 2 castigan actos preparatorios de conductas que podrían ser igual de lesivas para la indemnidad sexual del menor de trece años, parece que la pena prevista para ambos apartados debería ser la misma. Así, por ejemplo, si un sujeto solicita a un menor una fotografía, y éste se la facilita, el inmenso poder que le otorga al sujeto la posesión de la misma, le permite utilizar la imagen del menor como instrumento para intimidar a éste para que realice actos sexuales de la misma gravedad que los que se prevén en el apartado 1. Se propone por tanto, una equiparación de penas en ambos apartados en aras de una mayor coherencia por parte del legislador, rebajando asimismo la pena en ambas conductas a seis meses a un año de prisión, corrigiendo así la excesiva pena prevista en el Anteproyecto para esta conducta.

Reparando ahora en la edad del posible autor de este delito, en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se Reforma el CP, se apunta que sería aconsejable que el tipo exigiera la concurrencia de una mínima diferencia de edad entre víctima y victimario para dotar al mismo de una mínima antijuridicidad y apoyan su argumentación en la Directiva 2011/93/UE, que impulsa la tipificación de esta conducta y se refiere a los adultos como únicos posibles autores de este delito. Desde nuestro punto de vista, la indemnidad sexual de los menores, se ve igualmente afectada en el caso en el que un menor de 14 años solicite una imagen pornográfica a otro de 12 años, que en el caso en el que un adulto de 18 años realice la misma conducta. Lo definitivo, al fin y al cabo, no es la diferencia de edad entre uno y otro, pues este factor no influye en la potencialidad lesiva del posterior abuso sexual que pueda cometerse sobre el menor, sino que lo relevante es el enorme poder sobre el menor que la posesión de esa imagen otorga al autor, tanto si éste es adulto, como si no lo es. Por todo ello, considero más apropiado no limitar los posibles sujetos activos del delito, manteniendo en este sentido el texto del Anteproyecto.

Por otro lado, para una mejor precisión del tipo penal, la Reforma de la LO 5/2010, incluyó en el art. 183 las agresiones y abusos sexuales en los que el sujeto pasivo es un menor de trece años, por tanto, la referencia a los artículos 178 y ss. en el 183 ter 1, carece de sentido a no ser que entendamos, que esta referencia sirve para incluir en el ámbito de lo

punible el caso en el que un sujeto toma contacto con el menor cuando éste tiene 13 años y consuma el acto de abuso o agresión sexual cuando éste ha superado dicha edad. En este último supuesto, parece que el bien jurídico protegido, ya no sería la indemnidad sexual del menor de trece años, siendo por tanto adecuada la supresión de la referencia a los arts. 178 y ss.

También se preveía en el anterior 183 bis y se mantiene en el 183 ter del Anteproyecto de Reforma, para el caso en que el comportamiento del apartado 1 se realice mediando coacción, un tipo agravado para el cual se propone una pena coincidente con la de una coacción agravada por la pluriofensividad de la conducta, pena más coherente y proporcionada con una interpretación sistemática del CP que la prevista en el Anteproyecto. La supresión de la referencia al engaño en esta modalidad agravada del primer apartado viene motivada fundamentalmente por el hecho de que en la mayoría de los supuestos el sujeto dará una información falsa con apariencia de verosimilitud para establecer el contacto con el menor, por lo que la inclusión del engaño en el tipo agravado, imposibilita prácticamente la aplicación del tipo básico en el apartado 1.

Se propone asimismo, la supresión del segundo inciso del art. 194 bis a) del Anteproyecto de Reforma relacionado muy estrechamente con el 183 ter, pues determina que los “delitos contra la libertad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad serán perseguibles en España cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la infracción se haya cometido, total o parcialmente, en territorio español. Cuando el delito se haya cometido por medio de tecnologías de la información y la comunicación, se entenderá cometido en España cuando se acceda a dichas tecnologías desde el territorio español, con independencia de que tengan o no su base en dicho territorio”. Este precepto es a todas luces contrario al principio de territorialidad, por lo que debe ser eliminado.

*Notas críticas sobre el Art. 183 ter CP en el Anteproyecto  
de reforma de 2012*

**FERNANDO MIRÓ LLINARES**

*Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Miguel Hernández de Elche*

---

## I. CONTEXTUALIZACIÓN CRIMINOLÓGICA

### *1.1. La escasa relevancia preventiva del delito del art. 183 ter I*

El primer Tratado Internacional que reflejó la creciente preocupación por el fenómeno del *child grooming* fue el Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de niños contra la explotación sexual y el abuso sexual, realizado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. El legislador, a partir de la enmienda 351 del Grupo Popular que fue aceptada con modificaciones para ser adaptada a la regulación de la citada Convención internacional (véase HORTAL IBARRA, J.C., 2012), introdujo mediante la LO 5/2010, dentro del Capítulo II Bis (relativo a “los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”), el art. 183 bis para tipificar la conducta conocida en el ámbito anglosajón como “online child grooming”, justificando esta inclusión en la Exposición de Motivos por la “extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores”. El legislador entraba a castigar, así, la conducta de aquél que utilizaba las TIC para contactar con un menor con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual, siempre que tal contacto se acompañase de actos materiales destinados a un contacto físico final.

El término *cyber-grooming*, traducido en nuestro país generalmente como ciberacoso sexual (MARTÍN LORENZO, M./ RAGUÉS I VALLÈS, R, 2010, 104; CUGAT MAURI, M., 2010, 235). También ha recibido numerosos *nomen iuris*: acoso cibernético, ciberacoso sexual, acoso por medios de comunicación o seducción informática, e incluso el de hostigamiento cibernético a menores. Aunque el *grooming* no es propiamente un acoso sexual tal y como técnicamente se concibe por nuestro Ordenamiento jurídico, creo que el término podría ser válido

siempre que se le añade “a menores”, y para referirse al tipo penal también la referencia a los trece años, pues en caso contrario, el término no se correspondería con lo que pretende describir. Proviene de la unión entre el prefijo *cyber* y el término *grooming*, que comenzó a usarse en la literatura dedicada al estudio criminológico y psicológico de los delincuentes sexuales para describir los comportamientos del “depredador sexual” llevados a cabo durante la primera fase del abuso en la que el abusador trata de ganarse la confianza del menor y de acceder a información esencial sobre él para la posterior consumación del abuso (SALTER, A.C., 2003, 46 y ss.). El *grooming*, propiamente dicho, abarcaría todas las conductas preparatorias llevadas a cabo por el abusador sexual hasta lograr el encuentro con la víctima potencial (MCALINDEN, A.M., 2006, 339), y consistiría generalmente en un proceso de seducción (BERSON, I.R., 2003, 11) de algún menor que, por la general inexperiencia de los menores en las relaciones amorosas (WOLAK, J./ FINKELHOR, D./ MITCHELL, K.J./ YBARRA, M.L., 2008, 114), y por la general incapacidad en la fase temprana de la adolescencia (12 a 14) para comprender la naturaleza sexual que tienen muchas de las conversaciones (WOLAK, J./ FINKELHOR, D./ MITCHELL, K.L./ YBARRA, M.L., 2008, 115), son especialmente vulnerables a este tipo de ataques. Aun así, es el propio abusador que lleva a cabo el *grooming*, el que aprovecha los puntos débiles de los niños y adolescentes para tratar de ganarse su confianza: bien simulando compartir *hobbies* (YOUNG, K.S., 2005, 9), o más generalmente convirtiéndose en el “adulto que comprende” a la víctima potencial como, por el contrario, no parecen hacer los adultos cercanos a ella (LANNING, K.V., 2002, 5). De hecho la víctima del *grooming* es seleccionada por el abusador, quien busca a los menores más débiles, especialmente aquéllos con vulnerabilidades relacionadas con la incompreensión familiar o social, para centrar en ellos el ataque (MCALINDEN, A.M., 349 y s., donde señala, a partir de la revisión de los estudios empíricos existentes, los rasgos principales de victimización frente al abuso sexual de un extraño, como pueden ser el tratarse de niños con necesidades especiales y problemas de aprendizaje, menores en entornos familiares muy conflictivos donde hay un traumático proceso de separación, donde la madre está enferma o tiene problemas con las drogas, o también menores solos sin un entorno fami-

liar protector, etc.). Y ésta es una de las características del *grooming* que hacen que el mismo entrañe una gran peligrosidad, en sentido cuantitativo, cuando se realiza a través de Internet.

Lo cierto es que el *grooming*, tal y como lo hemos definido, existe mucho antes de que apareciera la Red de redes, y tampoco fue esta conducta la primera o por lo menos, la primeramente conocida, forma de pedofilia (y en general realización de ataques sexuales contra menores) en Internet, que mucho antes de la constatación del problema de la seducción de menores con fines de encuentro sexual, ya se había convertido en el paraíso de la pornografía infantil. Sin embargo, ya a finales del siglo pasado se comenzó a percibir que algunos pedófilos accedían a los *chats* en Internet para “molestar” a los menores y hacerles proposiciones (DURKIN, K.F., 1997, 14 y ss.), asemejándose dichas prácticas al *grooming* tradicionalmente entendido. Bien por medio del envío de mensajes, por *email* o, más comúnmente, a través de las salas de *chat*, algunos adultos intimaban con menores y conversaban con ellos tratando, y en algunos casos logrando, contactar personalmente con ellos. Y este tipo de conductas de los también denominados depredadores sexuales se ha incrementado significativamente debido al general incremento y popularización del uso de Internet (WOLAK, J./ FINKELHOR, D./ MITCHELL, K.J./ YBARRA, M.L., 2008, 112).

El ciberacoso sexual a menores, o *cybergrooming*, se puede llevar a cabo usando cualquiera de las TIC que permiten el contacto con menores. Sin embargo, hay importantes estudios criminológicos que analizan qué prácticas en Internet son las que más pueden incidir en el hecho de ser víctima de un ataque de ese tipo y que nos informan, por tanto, sobre las formas en las que suele aparecer el *online grooming*. Pues bien, toda la literatura americana que ha tratado el tema, coincide en que el *grooming* está particularmente presente en las *chat rooms* o salas de *chat*. También lo certifican los estudios empíricos victimológicos que demuestran que sobre un tercio de los jóvenes que reciben solicitudes explícitas vía *online*, las han recibido en salas de *chat* (WOLAK, J./ FINKELHOR, D./ MITCHELL, K.J./ YBARRA, M.L., 2008, 113). Al fin y al cabo, en el *chat*, frente a otras formas de comunicación como los correos electrónicos o los foros, hay una comunicación directa entre sujetos, siendo habituales las charlas sobre sexo explícito y el envío de solicitudes de

relaciones sexuales explícitas (MITCHELL, K.J./ FINKELHOR, D./ WOLAK, J., 2007, 523 y ss.). También hay otras formas de realización del *online grooming*, que, como se vio en el estudio criminológico general, parten del envío por la víctima de información personal a personas desconocidas. Por el contrario, no parece que el uso de redes sociales conlleve, por sí mismo, un mayor riesgo de ser víctima del *grooming* (WOLAK, J./ FINKELHOR, D./ MITCHELL, K.J./ YBARRA, M.L., 2008, 114), lo cual tiene gran importancia si tenemos en cuenta el estudio de LENHART y MADDEN, que certifica que a finales de 2006, cuando todavía no se había producido la explosión de Facebook, el 55% de los usuarios de Internet jóvenes de 12 a 17 años empleaban ese tipo de redes tipo Myspace (LENHART, A./ MADDEN, 2007). Las encuestas a usuarios jóvenes muestran, según sus propias experiencias, que es más bien por la vía de los mensajes directos o por medio del *chat*, que a través de las redes sociales, por donde reciben solicitudes de naturaleza sexual en Internet (WOLAK, J./ FINKELHOR, D./ MITCHELL, K.J./ YBARRA, M.L., 2008, 115).

Pero Internet no sólo ha cambiado la forma de hacer *grooming*, sino que también ha modificado el perfil del sujeto que lo hace y de la víctima que lo padece, y ha incrementado el número potencial de agresores y víctimas, todo lo cual ha supuesto, asimismo, el incremento del temor social ante una conducta que era tan peligrosa, o quizás más, que la actualmente realizada por Internet, pero que ahora es más visible a los ojos de “la sociedad insegura”. Esto es absolutamente lógico si tenemos en cuenta, además del actual empuje de los medios de comunicación, social y su papel transmisor de sensación de inseguridad, que la conducta de molestar a menores proponiéndoles relaciones sexuales ha aumentado cuantitativamente al ser realizada en Internet. Sin embargo, no parece que, cualitativamente, dichas conductas sean más peligrosas, ni siquiera iguales, a las del *grooming* tradicional en las que la propuesta se realizaba por parte de un pedófilo sobre un menor de doce años y existiendo un contacto directo y no virtual, entre ellos.

Y la cuestión no es baladí, dado que el legislador con la Reforma de la LO 5/2010 procedió a tipificar y mantiene en el Anteproyecto —limitándose a cambiar la ubicación del 183 bis al 183 ter— únicamente el *grooming* realizado a través de las TIC. Como se ha visto, gran parte de

las proposiciones sexuales a través de Internet no buscan mantener un contacto con un menor de trece años para posteriormente abusar de él, sino que más bien buscan adolescentes de entre quince a diecisiete años con experiencias sexuales anteriores que estén dispuestos a mantener una relación con un adulto, mientras que el pedófilo no usa esos medios más que, en todo caso, para obtener información sobre las potenciales víctimas y acercarse luego a ellas.

Lo que esto supone, pues, es que la conducta tipificada con la LO 5/2010 de Reforma del Código Penal, y así lo ha demostrado la práctica al no ser aplicada en ningún caso el precepto por los tribunales, no responde a la realidad criminológica del acoso sexual a menores en el ciberespacio. Las conductas de *online child grooming* apenas se ejecutan sobre menores de trece años, y no se sancionarán cuando, como es mucho más habitual, se realicen sobre mayores de tal edad, no criminalización que, sin embargo, es coherente con la Convención Internacional de Lanzarote que sugiere limitar la intervención penal a los ataques contra menores hasta la edad de consentimiento en cada Ordenamiento Jurídico.

Pese a todo ello el legislador ha decidido mantener este tipo penal, mostrando una vez más que la parte de comunicación populista que viene caracterizando al Derecho penal, en general, y al sexual en particular, tiene más peso que la propia eficacia preventiva que exige una correspondencia entre la realidad criminológica que se pretende combatir y el texto legal.

### ***1.2. Entre la punición de los actos preparatorios del grooming, la obtención de pornografía y el sexting: el sentido criminológico del Art. 183 ter II***

El legislador no sólo ha mantenido la tipificación del *on line child grooming* sino que ha intentado completar la protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de las TIC mediante la incorporación de un nuevo apartado en el 183 ter que, según la Exposición de Motivos del Anteproyecto, va “destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de trece años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas”. Lo cierto es que el legislador, con esta nueva tipificación, trata de responder a un fenómeno complejo, el

que englobaría todas las modalidades en las que un menor comparte imágenes propias con contenido sexual con otra persona, conductas que bien pueden formar parte de una dinámica de grooming, de captación de imágenes de pornografía infantil, o formar parte del sexting entre menores.

En efecto, y en primer lugar, la obtención por parte de un adulto de imágenes pornográficas entregadas por el propio menor puede constituir un primer paso en la dinámica del grooming: se logra la confianza del menor, se obtiene alguna imagen con contenido sexual y, finalmente, y con la amenaza de la entrega de tales imágenes, se coacciona al mismo para tratar de lograr un contacto físico. Siendo esto posible es aún más habitual que las primeras imágenes obtenidas por el adulto sean utilizadas para obtener del menor aún más material pornográfico. Bajo la amenaza de enviar las imágenes a los amigos o familiares del menor, se logra obtener aún más material pornográfico que es utilizado por el adulto para su propia satisfacción o bien para su difusión y venta. Por último, y en tercer lugar, también puede suceder que sea el menor el que entregue voluntariamente las imágenes a otro menor.

Esta última modalidad de conducta coincide con el fenómeno conocido como *sexting*, que consiste en la realización, por parte de menores, de fotografías propias de desnudos completos o de partes desnudas y su envío, generalmente por medio del teléfono móvil, a otros, junto con textos obscenos y con la finalidad de conocer personas o de enviar mensajes de amor o de odio (LENHART, 2009). Aunque en países como China estas actividades han dado lugar a la aplicación de los delitos de pornografía infantil (JAISHANKAR, 2009, 22), hay varios caracteres que diferencian el *sexting* de esa conducta, especialmente el que los autores sean generalmente adolescentes, como también quienes los reciben, si bien en muchos casos, esas fotos pueden ser posteriormente utilizadas por el receptor para ser colgadas en las redes sociales o en la *World Wide Web* (JAISHANKAR, 2009, 21). El *sexting* todavía no se ha popularizado en nuestro país, pero no deja de ser un fenómeno de riesgo si tenemos en cuenta el estudio de LENHART, que concluye que el 4% de los adolescentes de 12 a 17 años propietarios de un móvil en EEUU reconocen haber enviado imágenes de desnudos o muy sugerentes de ellos mismos a otra persona vía SMS, y que el 15% de ellos admite ha-

ber recibido tales mensajes. Otras conclusiones interesantes se refieren a que son más bien los adolescentes mayores los que envían y reciben esas imágenes (LENHART, 2010). Recientemente, ha salido a la luz un estudio español llevado a cabo por el *Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación* y la empresa *Orange* que refleja a través de sus cifras que este fenómeno comienza a tener una repercusión importante en nuestro país. Este estudio hace la misma diferenciación que LENHART, entre *sexting activo* (realización de auto-fotos/vídeos en una postura sexy, provocativa o inapropiada) que entre los niños españoles alcanza asombrosamente el mismo porcentaje que en Estados Unidos (un 4%) y el *sexting pasivo* (recepción de fotos/vídeos de personas de su entorno en una postura sexy, provocativa o inapropiada) que entre los niños españoles es menor que en EEUU (un 8,1%). También INTECO, ORANGE, 2010, 76 Y S. No obstante, la mayoría de los estudios empíricos que sobre este fenómeno se han realizado hasta la fecha, son estadounidenses (desde el primero que se efectuó que data de diciembre de 2008, con el nombre “Sex and Tech”, realizado por *The National Campaign to Prevent Teen and Unplanned Pregnancy*. En Internet, en [http://www.thenational-campaign.org/sextech/PDF/SexTech\\_Summary.pdf](http://www.thenational-campaign.org/sextech/PDF/SexTech_Summary.pdf)), y es precisamente, el referido estudio estadounidense de LENHART, el que concluye que los adolescentes de más edad son más propensos a recibir *sexting*: en EEUU, el 4% de los niños de 12 años han recibido un mensaje con imágenes sugerentes (desnudos o semi-desnudos) de una persona que conocen. A los 16 años, el 20%, y a los 17, el 30%.

Aunque se trata, pues, de tres conductas distintas y que merecerían un diferente reproche social, lo cierto es que a las tres les une el propio riesgo que supone que un tercero tenga imágenes pornográficas de un menor de trece años. Es decir, que el peligro que conlleva la obtención de imágenes pornográficas de menores no deviene exclusivamente de la propia violación del proceso de formación de la sexualidad que en algunos casos podría suponer, sino más bien de la utilización posterior de las imágenes para otros ataques más graves y para los que ya no habrá consentimiento. Concretamente el *sexting* podría ser el primer paso para posteriores conductas como el *cyberbullying*, un posible abuso o corrupción del/a menor o la exposición a un chantaje de tipo sexual relacionado con el denominado *grooming*. Además la obtención de imágenes por

parte de adultos podría desencadenar en conductas de pornografía infantil e incluso puede ser utilizada para coaccionar al menor suponiendo una presión de tal magnitud en el menor que pueden desembocar, como ya ha sucedido, en intentos de suicidio y suicidios consumados (AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., 2010, 11:6).

Debemos insistir, pues, en que la peligrosidad de este fenómeno, no reside en la conducta del menor en sí misma, sino que lo preocupante es que ese material, en el contexto tecnológico actual, “puede ser difundido de manera muy fácil y ampliamente, de forma que el remitente inicial pierde totalmente el control sobre la difusión (AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., 2010, 11:7) de estos contenidos de carácter sexual. Este contexto tecnológico unido a la falta de experiencias y de perspectiva (no obstante, algunos autores afirman que conviene ser prudentes al formular afirmaciones estereotipadas sobre adultos y menores, véase ZHANG, 2010, 251 y ss.), hace que los adolescentes minusvaloren los riesgos asociados al mero hecho de compartir imágenes sexuales con terceros y, de este modo, producen y difunden *sexting* como regalo a su pareja o elemento de coqueteo (GOODMAN, E., 2009, 1 “i]f you look at the reasons why they share naked content, one is a form of flirting. Another is a way of brokering trust, a guy saying, ‘You don’t trust me? You won’t send me a naked picture?’”), e incluso entregan o graban imágenes pornográficas a adultos conocidos o desconocidos. Y es el comportamiento de quienes obtienen estas imágenes, por tanto, el que hace aconsejable la intervención del Derecho penal en este ámbito, no obstante, propongo algunas mejoras de técnica legislativa que son las que a continuación se exponen.

### ***1.3. Justificación de la Propuesta Alternativa***

La primera aclaración que debería realizar se refiere al objeto de la enmienda: Pese a que el Anteproyecto de Reforma del CP mantiene el antiguo delito de *childgrooming* o ciberacoso sexual a menores, cambiando únicamente su anterior ubicación del antiguo 183 bis al nuevo 183 ter, manteniendo así intacto en el 183 ter un precepto que, con razón, ha sido calificado por autores como TAMARIT SUMALLA (2010) y CUGAT MAURI (2010), como la penalización de un acto preparato-

rio de delitos de agresión o abuso sexuales o corrupción de menores, en este texto no se va a proceder a realizar enmienda alguna sobre tal delito. La razón no es, como puede parecer, un supuesto acuerdo por mi parte con la forma de regulación del precepto, sino que más bien se debe a la voluntad, concordante con el propósito general de la obra, de no entrar en la valoración de tipos penales que fueron incluidos en otra legislación anterior y no en la que es objeto de estas enmiendas. Esta aclaración resulta necesaria, puesto que si de lo que se tratara es de algo más ambicioso, como por ejemplo una revisión de los tipos penales que regularan los atentados contra la libertad sexual en el marco de las nuevas tecnologías, desde luego que se plantearía la necesidad de modificar el tipo penal del nuevo 183 ter en su apartado primero en el sentido tanto de adaptarlo a la realidad criminológica del *grooming* como de limitar su aplicación a las conductas que efectivamente atentasen a la indemnidad sexual de los menores.

Sobre aquello que sí procede un juicio crítico es acerca de la decisión de incluir en el segundo apartado del nuevo art. 183 ter un tipo penal novedoso que sanciona al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de trece años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas. Juicio que, por otra parte, no puede desligarse completamente de la propia realidad de un Código Penal que ha decidido mantener como típico el *online grooming* en su tipificación comentada. Al fin y al cabo si el primer elemento de valoración debe referirse a si resulta necesario o no inculpar las conductas del art. 183 ter apartado segundo, resulta difícil al hacerlo abstraerse del hecho de que en el art. 183 apartado primero se castiga una conducta de menor o, a lo máximo, igual lesividad que la contenida en el precepto objeto de valoración.

Como se ha visto en el análisis criminológico, la obtención de imágenes pornográficas de menores de trece años, especialmente cuando la misma la llevan a cabo adultos, conlleva grandes riesgos para bienes jurídicos de tanta relevancia como la libertad en el proceso de toma de decisiones, la libertad de obrar o la propia dignidad del menor. En este sentido la tipificación de tal conducta, anterior a aquella en la que el sujeto activo aprovecha la tenencia de las imágenes para coaccionar al menor y obtener algo de él con un consentimiento absolutamente vicia-

do, respondería a la dinámica discutible pero generalizada en los últimos tiempos de tipificar como preceptos penales específicos actos preparatorios de los posteriores ataques a los bienes jurídicos que se quiere tutelar. Así sucede con la propia penalización del *on line grooming* y así podría interpretarse de este precepto que analizamos y que podría constituir la punición de un acto preparatorio del propio *on line grooming*, del delito de difusión de imágenes de pornografía infantil o de otros como las coacciones. Si interpretáramos tan sólo en este sentido la tipificación del precepto penal que se analiza serían, desde luego, pocos los argumentos válidos para defender la legitimidad de tal incriminación.

A mi parecer, sin embargo, hay que sumar a esta idea otra argumentación que da mayor peso a la decisión de incriminar tales conductas. La misma se refiere a la propia afectación que las mismas pueden suponer para la que ha venido en denominarse “indemnidad sexual de los menores”. Sin entrar en una, imposible aquí, discusión sobre el sentido político criminal de este interés jurídico, resulta difícil negar que es coherente con la actual (sobre) protección de la formación de la sexualidad en los menores de trece años el pretender sancionar no sólo los actos que supongan un contacto físico con el menor sino también aquellos otros, como los ahora tipificados, en los que el menor realiza un acto sexual (en este caso imágenes o grabaciones) que comparte por medio de las TIC con quien no puede hacerlo. La obtención de imágenes sexuales explícitas del menor de trece años (pues a eso debería limitarse en este caso la interpretación lógica del concepto de pornografía infantil aun en relación con el nuevo precepto penal que la define), supone, en ese sentido, una violación de la restricción de tener relaciones sexuales (en este caso a distancia) con una persona que, por su edad, no puede realizar tales actividades ni siquiera con consentimiento. Es indudable que la gravedad de tales conductas no podría equipararse, en ningún caso, a otras de abuso sexual sobre menores de trece años, y ello debiera tomarse en consideración a los efectos de la pena proporcional. Pero sí hay en tales comportamientos que pasan a ser sancionados penalmente por medio del art. 183 ter apartado segundo, una clara infracción de la idea de la indemnidad total de la sexualidad del menor de trece años que, si se tiene en cuenta además el incontestable riesgo que conlleva el que un tercero disponga de imá-

genes sexuales de un menor, justifica suficientemente, a mi parecer, la decisión de incriminar estas conductas.

Que el legislador haya acertado al decidir incriminar las conductas que hemos comentado y que lo haya hecho apoyándose en los instrumentos internacionales existentes, no supone que la formulación de los preceptos por él propuesta sea la más adecuada. Ya he expresado anteriormente en qué sentido la tipificación no es correcta en la enmienda. A continuación sumaré alguna argumentación más a lo ya explicado centrándome en tres consideraciones: la primera se refiere a la descripción de las conductas típicas; la segunda a las penas que se deben imponer a quienes realicen tales hechos; la tercera a la decisión de mantener la exigencia típica de que los hechos se lleven a cabo por medio de las TIC.

En cuanto a la descripción del injusto el prelegislador propone sancionar al que “*contacte con un menor de trece años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor*”. Tal redacción se debe, sin duda, a la transcripción de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. La citada norma en el artículo 6 se refiere al “embaucamiento” de menores con fines sexuales por medios tecnológicos y señala que los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de, entre otras conductas, el *grooming*, entendido como el encontrarse con un menor que no haya alcanzado la edad del consentimiento con el fin de cometer delitos de pornografía o abuso sexual junto a los actos materiales encaminados al encuentro; pero también el delito de tentativa de cometer los delitos de pornografía infantil (concretamente los delitos consistentes en “El acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”; así como “La distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil”) “embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor”. De ahí proviene, pues, tanto la iniciativa de la incriminación de la conducta como la propia conducta típica de embaucamiento que ha sido transcrita por el legis-

lador que, sin embargo, ha desligado sistemáticamente de los delitos de prostitución a este nuevo delito y lo ha ubicado, al tener ya regulado el *grooming*, junto con este en el nuevo 183 ter.

Pues bien, en cuanto a la decisión sistemática la misma apenas merece consideración y puede darse por buena. Es cierto, como se ha señalado anteriormente, que muchas de las conductas que podrían sancionarse por medio de estos preceptos se relacionan en última instancia con la voluntad de captación de pornografía infantil para su posterior difusión, pero también lo es que en muchos casos tales imágenes adquieren una dimensión de riesgo propio y su obtención supone una negación suficiente de la indemnidad sexual de los menores que justifica su inclusión fuera de los delitos de pornografía al no constituir únicamente un acto preparatorio de tales delitos. Es más, si sólo se tratase de esto la incriminación de tales conductas resultaría difícilmente justificable.

Más discutible es, sin embargo, la decisión de incorporar como conducta típica la de “actos dirigidos a embaucar al menor”. En primer lugar tipificar una conducta refiriéndose a “actos dirigidos a” un resultado, supone ya un adelantamiento discutible. El problema aquí, en todo caso, estriba en la complejidad que puede suponer la interpretación del término embaucar: tal conducta parece conllevar algún tipo de engaño en el sujeto activo que no parece necesario cuando estamos tratando con sujetos pasivos menores de trece años y que, por tanto, no requieren ser engañados para que los comportamientos sexuales que realicen con mayores resulten ilícitos. Si lo que se pretende, en última instancia, es castigar tanto la proposición que realiza el adulto al menor para que este le entregue las imágenes, como la utilización de cualquier actividad discursiva que le permita al adulto que sea el propio menor el que le entregue por ello las imágenes, una y otra conducta se sancionarían si lo que se tipifica es la solicitud y obtención de las imágenes pornográficas. Por el contrario no resultarían punibles las conductas de quienes reciben las imágenes del menor y no las han obtenido por su propia relación o contacto con el mismo.

Hay que tener en cuenta, además, que la traducción al castellano de la directiva comunitaria realiza una más que discutible equiparación entre el término inglés “soliciting” y el de “actos dirigidos a embaucar”. En efecto, el texto en inglés señala que “Member States shall take the

necessary measures to ensure that an attempt, by means of information and communication technology, to commit the offences provided for in Article 5(2) and (3) by an adult soliciting a child who has not reached the age of sexual consent to provide child pornography depicting that child is punishable.” Y aunque es evidente que la gran mayoría de actos de embaucar entrarían dentro de los actos consistentes en solicitar u obtener, no está tan claro que sucediera lo contrario si se entiende que embaucar conlleva algún tipo de engaño. Por todo ello considero que las conductas que se proponen en la enmienda para su tipificación plantearían, en este sentido, menores problemas interpretativos que la de “actos dirigidos a embaucar”, no supondrían ningún tipo de ampliación en el ámbito de lo punible y seguirían respondiendo acertadamente, yo diría que sólo en este caso lo harían, a lo demandado por la Directiva europea.

Por otra parte, y frente a lo recogido en el proyecto, también se propone en la enmienda que las conductas de solicitar y obtener se sancionen cuando lo sean de material pornográfico en el que aparezca dicho menor. En el Anteproyecto, el 183 ter II hace referencia tanto a “mostrar imágenes pornográficas en la que aparezca dicho menor” como a “facilitar material pornográfico”. Desde mi punto de vista, la indemnidad sexual se verá afectada en menor medida por el hecho de conseguir que el menor “le facilite material pornográfico” que cuando sea el menor el que le muestre imágenes pornográficas propias. Por ello debería suprimirse la referencia a la facilitación de cualquier otro material pornográfico, de acuerdo con el principio de intervención mínima.

Entrando ya en consideraciones penológicas, propongo la equiparación de las penas de los apartados I y II del nuevo 183 ter, pues como he indicado, ambas conductas suponen un riesgo equiparable para la indemnidad del menor de trece años. Asimismo, considero aconsejable la rebaja de la pena de ambos apartados, restringiendo el marco penológico al de seis meses a un año de prisión. Para el tipo agravado del 183 ter II se propone una pena coincidente con la de una coacción agravada por la pluriofensividad de la conducta, más proporcionada conforme a una interpretación sistemática del CP que la prevista en el Anteproyecto. Considero conveniente también la supresión de la referencia al engaño en la modalidad agravada del primer apartado del 183 ter, pues en la mayoría de los supuestos el sujeto dará una información falsa con

apariencia de verosimilitud para establecer el contacto con el menor, por lo que la inclusión del engaño en el tipo agravado, imposibilita prácticamente la aplicación del tipo básico en el apartado 1.

Considero aconsejable mantener la referencia a las TIC como medio comisivo, tanto en el apartado uno como en el dos, pero se reformula de una manera más simplista, sin que el tipo penal haga referencia expresa a Internet o al teléfono, pues ambas tecnologías se incluyen dentro de las tecnologías de la información y la comunicación, por lo que su especial mención nada aportaba al injusto penal. Asimismo, se sustituye la fórmula “tecnologías de la información y la comunicación”, por el acrónimo TIC, por todos conocido. Es cierto que la conducta también podría realizarse sin el empleo de las nuevas tecnologías, piénsese en el caso en el que un menor de trece años facilite a un sujeto, previa petición de éste, una fotografía en soporte físico en el que el menor aparezca en una conducta sexualmente explícita. Esta conducta, conteniendo el mismo desvalor que la realizada a través de las TIC, no podría ser penada conforme a la literalidad del artículo que se propone. Además, la propia Directiva 2011/93/UE en su considerando núm. 19, apunta que “los Estados miembros reconocen la importancia de luchar también contra el embaucamiento de menores al margen del contexto de Internet, especialmente cuando no tiene lugar recurriendo a las tecnologías de la información y la comunicación”, y añade que “independientemente de la solución jurídica por la que se opte a la hora de tipificar como delito el embaucamiento de menores sin recurrir a Internet, los Estados miembros deben velar por que se procese de alguna manera a los autores de tales delitos.”

A pesar de que desde una interpretación sistemática lo que parece proteger el legislador con la tipificación de esta conducta es la indemnidad sexual de los menores de trece años —al haber ubicado este tipo penal en el Capítulo II bis “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”—, indemnidad que se vería afectada en ambos casos, la realidad criminológica nos muestra que son prácticamente inexistentes los casos en los que se produce esta conducta sin el empleo de las nuevas tecnologías, por lo que la *ratio legis* del legislador es precisamente esta nueva forma de criminalidad surgida al amparo del desarrollo tecnológico acontecido en el ámbito de las comunicaciones, del que Internet se-

ría su máximo exponente. Es por todo ello que considero más apropiado tipificar aquellas conductas en las que se empleen las nuevas tecnologías y por lo que mantengo en mi propuesta la referencia a las TIC.

Finalmente considero necesaria la supresión del segundo inciso del art. 194 bis a) del Anteproyecto de Reforma relacionado muy estrechamente con el 183 ter, pues su contenido es a todas luces contrario al principio de territorialidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el sexting”, en RECPC, núm. 12-11, 2010.
- BERSON, I. R.: “Grooming Cybervictims: The Psychosocial Effects of Online Exploitation for Youth”, en JSC, vol. 2, núm. 1, 2003.
- CUGAT MAURI, M.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- GOODMAN, E.: “Is ‘sexting’ same as porn?”, en *Boston Globe*, Apr. 24, 2009.
- HORTAL IBARRA, J. C.: “El nuevo delito de online child grooming (art. 183 bis. CP) ¿Otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), y GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.): *Garantías Constitucionales y Derecho penal Europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- INTECO, ORANGE: “Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles”, 2010. Disponible en Internet, en: [http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios/Estudio\\_moviles\\_menores](http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios/Estudio_moviles_menores).
- JAISHANKAR, K.: “Sexting: A new form of Victimless Crime?”, en IJCC, vol. 3, enero-junio, 2009.
- LANNING, K. V.: “Law enforcement perspective on the compliant child victim”, en APSACA, vol. 14, núm. 2, 2002.
- LENHART, A.: “Teens and Sexting: How and why minor teens are sending sexually suggestive nude or nearly nude images via text messaging”, en *PLALP*, Washington DC, 2009.
- LENHART, A./ MADDEN, M.: Teens, privacy and online social networks: How teens manage their online identities and personal information in the age of MySpace (2007), en Internet en <http://pewresearch.org/pubs/454/teens-privacy--online-social-networks>. Citado el 10 de septiembre de 2010.
- MARTÍN LORENZO, M./ RAGUÉS I VALLÈS, R. “Libertad e indemnidad sexuales”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Dir.): *Memento experto reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

- MCALINDEN, A. M.: "Setting 'Em Up': Personal, Familial and Institutional Grooming in the sexual Abuse of Children", en SLS, vol. 15, núm. 3, 2006.
- MITCHELL, K. J./ FINKELHOR, D./ WOLAK, J.: "Youth internet users at risk for the most serious online sexual solicitations.", en AJPM, vol. 32, núm. 6, 2007.
- SALTER, A. C.: *Predators: Pedophiles, Rapists, and Other Sex Offenders: Who They Are, How They Operate, and How We Can Protect Our Children*, Basic Books, New York, 2003.
- WOLAK, J./ FINKELHOR, D./ MITCHELL, K. J./ YBARRA, M. L.: "Online "predators" and their victims: myths, realities and implications for prevention and treatment", en APs, vol. 63, 2008.
- TAMARIT SUMALLA, J. M "Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (art. 178,180, 181, 183, 183 bis)", en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.): *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Madrid, Aranzadi, 2010.
- YOUNG, K. S.: "Profiling online sex offenders, cyber-predators, and pedophiles", en JBP, vol. 5, núm. 1, 2005.
- ZHANG, X "Charging children with child pornography - Using the legal system to handle the problem of Sexting", en *Computer Law & Security Review*, vol. 26, núm. 3, 2010.



## 14.5. Delitos relativos a la prostitución de menores: Art. 188

**M<sup>a</sup> INMACULADA RAMOS TAPIA**  
*Profesora Titular de Derecho Penal*  
*Universidad de Granada*

---

### *ART. 188.1 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

Art. 188.1:

*“El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona discapacitada necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún modo a un menor o a una persona discapacitada para estos fines, será castigado con las penas de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses*

*Si la víctima fuera menor de trece años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses”.*

#### **II. TEXTO VIGENTE**

Art. 187.1:

*“El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz será castigado con las penas de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses (...)”*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

Art. 188.1:

*“El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona discapacitada necesitada de especial protección, los capture para que se dediquen a la prostitución, se lucre con ello o los explote de algún modo para estos fines, será castigado con las penas de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses*

Si la víctima fuera menor de trece años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses”.

### III. MOTIVACIÓN

Tanto el Convenio como la Directiva obligan a incluir en el tipo la conducta de “captar a un menor para que se dedique a la prostitución”.

#### *ART. 188.2 del Anteproyecto*

### I. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 188.2:

*“Si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran con violencia o intimidación, además de las penas de multa previstas, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de trece años y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos”.*

### II. TEXTO VIGENTE

Art. 188:

*“2. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años”*

*“3. El que lleve a cabo la conducta prevista en el apartado anterior, siendo la víctima menor de trece años, será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 188.2:

*“Si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran con violencia, intimidación o engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, además de las penas de multa previstas, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es*

*menor de trece años y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos.”*

### **III. MOTIVACIÓN**

El supuesto agravado debe recoger todos los medios coactivos o de abuso de superioridad empleados para obligar al menor a dedicarse a la prostitución.

#### ***ART. 188. 3. B) del Anteproyecto***

### **I. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 188.3.b):*

*“Cuando para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”*

### **II. TEXTO VIGENTE**

No existe esta circunstancia de agravación del delito de prostitución de menores

### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Art. 188.3.b):*

*“Cuando para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad, de convivencia familiar o parentesco, por ser ascendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”*

#### IV. MOTIVACIÓN

Se suprime la referencia a que el responsable sea “descendiente” de la víctima puesto, que tratándose de un delito de prostitución de menores, no es posible que el responsable del delito sea descendiente de la víctima.

Por otro lado, se redacta la agravación de una manera más amplia, para abarcar no sólo los casos de parentesco sino, también, los supuestos en que el autor convive con el menor, por la especial ascendencia que esta situación le otorga. El Convenio del Consejo de Europa obliga a prever como agravante “que el delito haya sido cometido por un miembro de la familia, una persona que conviva con el niño o una persona que haya abusado de su autoridad” (ART. 28 d.) y en parecidos términos se pronuncia la Directiva (art. 9.b).

# 15. DELITOS RELATIVOS A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL: ARTS. 189 CP

**ESTHER MORÓN LERMA**

*Prof. Titular Acreditada de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Barcelona*

**JAVIER G. FERNÁNDEZ TERUELO**

*Prof. Titular de Derecho Penal  
Universidad de Oviedo*

---

## *Art. 189 del Anteproyecto*

### I. TEXTO VIGENTE

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

a. El que capture o utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.

b. El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

3. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a. Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.

b. Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

c. Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.

d. Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.

e. Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

f. Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.

4. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

5. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

6. El ministerio fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 189

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

a. El que capture o utilizare a menores de edad o a incapaces con fines en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.

b. El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizados incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

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

*a. Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona discapacitada necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada,*

*b. toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona discapacitada necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales,*

*c. imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.*

*2. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

*a. Cuando se utilice a menores de trece años.*

*b. Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*

*c. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*

*d. Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.*

*e. Cuando el material pornográfico represente a menores o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.*

*f. Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.*

*g. Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o persona discapacitada necesitada de especial protección.*

*3. Si los hechos a que se refiere la letra a) del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores.*

*4. El que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.*

*5. El que para su propio uso adquiriera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.*

*La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado incapaces, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.*

*6. La producción y posesión de pornografía infantil no serán punibles cuando se trate del material pornográfico a que se refiere la letra c) del pá-*

*rrafo segundo del apartado 1 de este artículo, siempre que el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado, y en su producción no se haya utilizado el material pornográfico a que se refieren las letras a) y b) del mismo.*

*7. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona discapacitada necesitada de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o persona discapacitada necesitada de especial protección, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.*

*8. El ministerio fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.*

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

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

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

#### Art. 189

*1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años el que haga participar a un menor de trece años en un espectáculo pornográfico, lo capte con esos fines o se lucre por medio de tales espectáculos. Si la víctima fuera mayor de 13 años, se aplicará una pena de 6 meses a 2 años.*

*2. Será castigado con la pena superior en grado el que emplee coacción, fuerza o amenaza sobre el menor para llevar a cabo las conductas del párrafo primero.*

*3. Será castigado con una pena de seis meses a dos años de prisión o multa de 6 meses a dos años el que asistiere a espectáculos pornográficos en los que participen menores de edad o incapaces.*

#### Art. 189 bis

*1. El que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.*

*La misma pena se impondrá a quien consiga acceder a sabiendas a espacios restringidos en los que se contiene pornografía infantil, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.*

*2. El que distribuya, transmita o ponga a disposición por cualquier medio pornografía infantil, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido, será castigado con pena de uno a dos años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de actividades profesionales, que implique contacto directos y regulares con menores por un tiempo de uno a cuatro años.*

*3. El que elabore o produzca cualquier clase de material pornográfico será castigado con pena de uno a tres años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de actividades profesionales, que implique contactos directos y regulares con menores por un tiempo de uno a cinco años.*

*El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y obtenga del él material pornográfico será castigado con una pena de prisión de seis meses a un año e inhabilitación para el ejercicio de actividades profesionales, que implique contacto directos y regulares con menores por un tiempo de uno a dos.*

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

*a. Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona discapacitada necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada,*

*b. Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona discapacitada necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales,*

*c. Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.*

*4. La producción y posesión de pornografía infantil no serán punibles cuando se trate del material pornográfico a que se refiere el apartado 3, letra c) de este artículo, siempre que el material esté en posesión de su productor para su uso privado.*

*5. Serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años los que elaboren o produzcan pornografía infantil cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

*a. Cuando se utilice a menores de trece años.*

*b. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*

*c. Cuando el material pornográfico represente a menores o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.*

*d. Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o persona discapacitada necesitada de especial protección.*

*e. Cuando los hechos se hubieran cometido con violencia.*

*Cuando concurra más de una de las circunstancias previstas en este apartado, se impondrá la pena en su mitad superior.*

*6. Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades, se impondrá la pena superior en grado a la prevista en su caso para la conducta cometida.*

*7. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona discapacitada necesitada de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o persona discapacitada necesitada de especial protección, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.*

*8. El ministerio fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.*

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

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

## IV. MOTIVACIÓN

I. La política penal europea en los delitos contra la libertad sexual y, en particular, en lo relativo a la pornografía infantil está lastrada por connotaciones morales que dificultan afrontar el tema con la objetividad y el rigor que éste merece.

En esta materia se impone la misma política expansiva seguida en los delitos contra la libertad sexual pero ampliada por cuanto las prohibiciones se extienden a los menores (18 años), sin tomar en consideración

la edad del consentimiento sexual ni las distintas etapas de madurez por las que atraviesa el menor.

En el mismo contexto se pretenden criminalizar, profundizando en la línea ya marcada por la Reforma del año 1999, comportamientos que se alejan por completo del bien jurídico que teóricamente se pretende proteger (la indemnidad sexual). Así, prevé el castigo de la mera “representación de los órganos sexuales de un menor”, no siendo en efecto necesario que aparezca la imagen más o menos íntegra del mismo, sino únicamente sus “órganos sexuales”. La propuesta supone una ampliación del injusto, en la que resulta difícil encontrar afectaciones, siquiera potenciales, al bien jurídico objeto de protección. Del mismo modo, se pretende extender el concepto de pornografía infantil a las “imágenes realistas” de un menor; imágenes realistas serían aquellas que no son reales, pero lo parecen. Se produce con ello, una vez más, una evidente desconexión entre la conducta y el bien jurídico que —al menos teóricamente— se pretende proteger. A la vez, se puede caer en el absurdo al requerir que la, ya de por sí difícil, pericial forense a realizar sobre la imagen de un menor real (al objeto de determinar su edad), se proyecte ahora sobre una imagen que no se corresponde con menor alguno.

II. Las obligaciones impuestas por la Directiva requieren distinguir entre las conductas vinculadas a la participación en espectáculos pornográficos y las conductas de pornografía infantil.

III. Respecto de las primeras, se ha recogido la diferencia que hace la Directiva entre los supuestos en los que el menor no ha alcanzado la edad del consentimiento sexual y aquellos en los que es mayor de 13 años.

En este ámbito, debe acogerse la definición de “espectáculo pornográfico” prevista por la Directiva.

IV. Por lo que se refiere a las conductas de pornografía infantil, se han deslindado las diferentes acciones punibles, recogiendo en la propuesta de menor a mayor gravedad y acogiendo como pena máxima aquella a la que obliga la Directiva.

Por lo que se refiere a las conductas típicas, se ha simplificado la redacción del precepto, eliminando acciones sinónimas y especificando en el sentido que lo hace la Directiva una de las acciones que resultaba

conflictiva: la exhibición. Éste término ha sido sustituido por el de puesta a disposición.

Asimismo se ha suprimido como conducta típica la de posesión preordenada al tráfico, que no se incluye en la Directiva y que había generado conflicto interpretativo. Esta supresión se justifica además porque la posesión para uso propio ya es constitutiva de delito.

Se ha modificado el concepto de “pornografía infantil”, suprimiendo la expresión “persona discapacitada necesitada de especial protección”. Ciertamente, la propuesta contenida en la Directiva 2011/93/EU recoge la expresión “persona discapacitada”; ahora bien lo hace en referencia a un menor (menor discapacitado). Sin embargo el texto del Anteproyecto lo recoge (entendemos que por error) referido a adultos, al plantearlo de forma alternativa (menor o persona discapacitada): *Se considera pornografía infantil (...) todo material que represente de manera visual a un menor o una persona discapacitada necesitada de especial protección.* La Directiva tampoco hace referencia al concepto incapaz que por inercia de los otros capítulos del mismo Título del Código penal se ha trasladado a la pornografía infantil. En efecto, no existe un mercado de pornografía de adultos con discapacidad (que nada tiene que ver con la pedofilia, ni con el deseo de proteger la indemnidad sexual). Finalmente, el objetivo de la Directiva de otorgar una específica protección a los menores discapacitados, queda suficientemente cubierto mediante el apartado g del tipo agravado.

En lo que respecta a la conducta de acceso se ha tratado de realizar una traducción más adecuada a la literalidad de la versión original de la Directiva 2011/93/EU, cuya expresión original es “obtaining access” que no debe ser traducida (como hace el anteproyecto) como “acceda”, sino como obtener, conseguir o lograr el acceso a espacios en los que se encuentra alojado el material pornográfico. La propuesta así planteada permitiría limitar el castigo a aquellas conductas de acceso a espacios restringidos (mediante contraseñas, pagos con tarjeta, etc.) donde se encuentran alojados materiales pornográficos de menores. Con esta reinterpretación se restringen de modo notable las consecuencias derivadas de la actual redacción del Anteproyecto, evitando que el mero hecho de “mirar” (a sabiendas) la representación de un hecho delictivo consumado con antelación (meses o frecuentemente años) se convierta, sin más, en

delito. Se reiteran en tal sentido las críticas sobre el excesivo alejamiento de dichos comportamientos con respecto al bien jurídico que —teóricamente— se trata de proteger.

Se ha propuesto el traslado de la conducta de embaucamiento que el Anteproyecto regula junto al *child online grooming* en el art. 183 ter. Se traslada a este precepto convirtiéndola en un delito semejante al de elaboración de material pornográfico, en el que no es el autor del delito el que crea o produce la pornografía directamente sino que es el propio menor el que se la facilita. Esta conducta sólo debería ser punible en aquellos casos en que el menor no ha alcanzado la edad del consentimiento sexual.

V. Por último, las penas privativas que se aparejan a la comisión de las distintas conductas típicas en el ámbito de la utilización de menores en espectáculos pornográficos y en el de la pornografía infantil, se han rebajado para ajustarse a la obligación de pena impuesta por la normativa europea. Junto a esta modificación en el ámbito de las sanciones, también se ha procedido a incorporar una nueva pena expresamente exigida en la normativa europea (art. 10.1), a saber la pena de inhabilitación, con carácter temporal, para el ejercicio de actividades profesionales que impliquen contactos directos y regulares con menores.

# 16. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD

## 16.1. Delitos contra la intimidad: Art. 197.4 bis CP

**M<sup>a</sup>. MAR CARRASCO ANDRINO**

*Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alicante*

**M<sup>a</sup>. MAR MOYA FUENTES**

*Profesora Ayudante LOU  
Universidad de Alicante*

**M<sup>a</sup>. PILAR OTERO GONZÁLEZ**

*Catedrática Acreditada de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid*

---

### I. TEXTO VIGENTE

Art. 197

*“1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*

*2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.*

*3. El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien*

tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33.

4. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

5. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

6. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

7. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

8. Si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización o grupo criminales, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado”.

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 197.4 bis

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

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De modificación.*

*Art. 197.6, párrafo 2º:*

*“Será castigado con una pena de prisión de uno a dos años el que, sin autorización de la víctima, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla realizadas por ella o con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar al resguardo de la observación ajena, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad a la que se refiere el párrafo anterior”.*

### VI. MOTIVACIÓN

Se valora positivamente la incriminación de estas conductas de difusión no consentida de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con la anuencia de la víctima, pues cubre una laguna de punibilidad tal y como recoge la Exposición de Motivos del Anteproyecto. Ello se debe a que el actual art. 197.4 CP sanciona la difusión no consentida, pero siempre y cuando se haya realizado un previo descubrimiento del art. 197.1 CP, esto es, una captación subrepticia de las imágenes.

Las nuevas tecnologías de la comunicación y la información obligan a revisar el contenido del bien jurídico intimidad, vinculado tradicionalmente al concepto de secreto como libertad negativa de exclusión frente a terceros, ampliándolo ahora al derecho a controlar los datos íntimos. Esta nueva configuración de la intimidad ha sido avalada por la Jurisprudencia constitucional. Desde la STC 292/2000, 30-11, se reconoce que el art. 18.4 CE tutela el poder de control sobre los datos personales y el art. 18.1 CE protege cualquier invasión de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno. En este mismo sentido, la Comisión Europea a través de un Proyecto de Reglamento (25/01/2012) recoge el derecho a ser olvidado ante las recientes evoluciones tecnológicas (redes sociales, *cloudcomputing*, etc.), esto es, el derecho a que sean borrados los datos de una persona de forma inmediata y total si así se solicita. Los datos de los usuarios no se podrán publicar salvo una autorización explícita.

El nuevo ilícito penal que propone el Anteproyecto representa un paso más en la protección positiva de la intimidad, en la medida en que incrimina un atentado en una fase posterior de ataque al bien jurídico: la difusión no consentida de imágenes o grabaciones audiovisuales, aun cuando la captación o grabación se haya realizado con el consentimiento de la víctima.

La Jurisprudencia (SAP Lérida, Sección 1ª, 90/2004, 25-2; SAP Palencia, Sección 1ª, 32/2006, 28-6) ya venía sancionando algunos de estos casos como delitos de injurias graves con publicidad (art. 209 CP) ante la imposibilidad de aplicar los tipos relativos a la intimidad, pues se parte de un acceso lícito o consentido a ésta. En otras ocasiones, sin embargo, se remitía al ámbito civil, al no apreciarse lesión del honor, pero sí del derecho a la propia imagen del perjudicado conforme a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (SAP Huelva, Sección 1ª, de 15 de febrero de 2002).

Esta solución jurisprudencial no resulta satisfactoria porque en estos casos no se trata tanto de un ataque al honor como de una agresión a la intimidad. Tampoco compartimos la propuesta recogida en el informe de la Fiscalía General del Estado de incluirlo entre los delitos contra la integridad moral, dado que la difusión o revelación no consentida de estas imágenes no tiene por qué suponer un envilecimiento o humillación de la víctima. En consecuencia, se valora positivamente la ubicación sistemática de este nuevo precepto entre los delitos contra la intimidad porque se considera necesaria esta protección de la intimidad vinculada al derecho a controlar los datos íntimos. Ahora bien, resulta conveniente modificar el texto propuesto para mejorar la técnica legislativa.

Las enmiendas serían las siguientes:

- **Sustituir la expresión** imágenes o grabaciones audiovisuales “que hubiera obtenido” por la de imágenes o grabaciones audiovisuales “realizadas por ella o con su anuencia”. De este modo, por si suscitaba dudas interpretativas, se da cabida expresa tanto a los supuestos en los que el sujeto que difunde es el mismo que ha realizado la grabación o captación de las imágenes, como aquellos en que es la propia víctima la que lleva a cabo dicha captación o grabación (supuestos de *sexting*).

- **Sustituir la expresión** “o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros” por la de “o en cualquier otro lugar al resguardo de la observación ajena”, por tratarse de una expresión más precisa utilizada ya por nuestra Jurisprudencia constitucional (STC 12/2012, 30-01 y 74/2012, 16-04) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH 25/09/2001 y 28/01/2003) y que sirve para señalar la expectativa razonable de la persona que le resulta suficiente para asegurar la protección de su intimidad.
- **Limitar el tipo** a la intimidad de los datos a los se refiere el art. 197.6 CP, para lo que se propone la sustitución de la expresión cuando la divulgación menoscabe gravemente “la intimidad personal de esa persona” por la de “la intimidad a la que se refiere el párrafo anterior”. Se considera que debe limitarse la incriminación penal a la lesión del núcleo duro de la intimidad: ideología, religión, creencias, salud y vida sexual, pues no debe olvidarse que nos encontramos ante un acceso lícito a este bien jurídico, siendo ilícita su posterior difusión, y por tanto, con un desvalor menor que cuando se trata de una captación subrepticia. Debe, pues, restringirse la incriminación, conforme al principio de fragmentariedad, a los ataques más graves y que afectan, en este caso, al núcleo duro de la intimidad. Si, por el contrario, mantuviéramos la redacción propuesta en el Anteproyecto, el ámbito de aplicación de la conducta abarcaría cualquier menoscabo de la intimidad (por ejemplo, la difusión de imágenes cenando en el domicilio), pues bastaría con probar que este menoscabo ha sido *grave* (pudiendo tomarse para ello como referencia exclusivamente la percepción subjetiva de la víctima) y, por otro lado, al no especificarse nada más, se dudaría si la interpretación del adverbio *gravemente* se refiere al modo de lesionarla o a la faceta en concreto de la intimidad que se ha vulnerado.
- La **penalidad** que recoge el texto del Anteproyecto no guarda relación de proporcionalidad con los demás tipos que protegen la intimidad y en particular con el tipo agravado de su apartado 4º (difusión tras acceso ilícito a la intimidad). Así el proyectado delito castiga con prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses, mientras que la sanción en el párrafo 1º del art. 197.4

CP es de prisión de dos a cinco años, siendo que en ambos casos se produce difusión de información relativa a la intimidad, si bien en el texto proyectado sin un previo acceso ilícito o inconsciente, como sí exige el actual 197.4 párrafo 1º CP. No parece que la existencia de consentimiento inicial en la captación de imagen o grabación deba suponer tanta rebaja de pena. El marco penológico en los distintos ataques a la intimidad recogidos en los arts. 197 y sigs. CP comienza en un año de prisión, tanto cuando se parte de un acceso ilícito o no consentido (art. 197.1 CP: prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses) como de un acceso lícito o consentido pero grabado con un deber de reserva (art. 199 CP: prisión de uno a tres años y multa seis a doce meses ó prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación profesional de dos a seis años). Si además se limita el tipo proyectado, como hemos propuesto, a los aspectos de la intimidad que tienen que ver con su núcleo duro (ideología, religión, creencias, salud y vida sexual) no parece descabellado imponer una pena de prisión de uno a dos años.

# 16.2. Delitos contra la intimidad: Arts. 197.4 bis y 203.2-3

**FERMÍN MORALES PRATS**  
*Catedrático de Derecho Penal*  
*Universidad Autónoma de Barcelona*

---

## *ART. 197.4 bis*

### **I. TEXTO VIGENTE**

*No tiene precedente.*

### **II. TEXTO DEL PROYECTO**

*“4 bis. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.”*

### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Se formula enmienda de supresión.*

### **IV. MOTIVACIÓN**

El anteproyecto introduce una nueva modalidad típica para incriminar todo tipo de difusiones, revelaciones o cesiones a terceros, sin autorización, de imágenes o grabaciones audiovisuales, que hubieran sido obtenidas con una anuencia previa en un domicilio o en cualquier otro lugar que no sitúa al alcance de la mirada de terceros, cuando la divul-

gación menoscabe gravemente la intimidad personal. Con esta propuesta de reforma se altera el modelo sistemático de incriminación de las conductas ilícitas contra la intimidad por el que optó el Código penal de 1995. Este modelo se fundamenta en que las conductas de los tipos básicos siempre reclaman un acceso subrepticio a la intimidad ajena, y ahora se propone incriminar una conducta que arranca de un acceso lícito con posterior revelación o difusión ilícita por no autorizada. La única excepción al modelo de incriminación ahora vigente se halla prevista en el apartado segundo del número 4 del art. 197, donde se incrimina la revelación, difusión o cesión a terceros de datos, hechos o imágenes concernientes a la intimidad, sin haber participado en el descubrimiento (acceso subrepticio), pero con conocimiento del origen ilícito de esa información.

Ahora se pretende incriminar la mera revelación o difusión sin autorización, pero con acceso lícito a la información o a las imágenes. Esta pretensión provoca una superposición del código penal con los ilícitos civiles en la materia previstos en la LO 1/1982, de 5 de mayo, (LO de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). Además se identifica que el tipo penal propuesto no describe una conducta con la suficiente lesividad desde el punto de vista jurídico-penal. En suma se propone su supresión.

## *ART. 203*

### **I. TEXTO VIGENTE**

#### *Artículo 203*

*1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.*

*2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.*

## II. TEXTO DEL PROYECTO

1. *Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.*

2. *Será castigado con las pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.*

3. *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA.

*La previsión del número 3 no es objeto de enmienda por cuanto es una reordenación numeral que antes figuraba como art. 203.2.*

*La enmienda se formula al respecto del nuevo tipo penal previsto art. 203.2 del anteproyecto. Se formula enmienda para la supresión del precepto postulado.*

## IV. MOTIVACIÓN

El anteproyecto postula la creación de un nuevo tipo penal que incrimina la permanencia en el domicilio de una persona jurídica (pública o privada, despacho profesional o establecimiento mercantil o local abierto al público), contra la voluntad del titular, fuera de las horas de apertura. Esta conducta está prevista como falta en el art. 635 CP. Como producto de la supresión de las faltas ahora es elevada a la categoría de delito. Se formula propuesta de supresión por cuando la conducta no presenta un desvalor suficiente como para ser calificada de delito. No puede aceptarse la supresión de las faltas, inflacionando el catálogo de delitos con conductas que no ofrecen la suficiente lesividad.

# 17. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

## 17.1. Delito de hurto

**ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ**

*Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Castilla-La Mancha*

**JOAN BAUCELLS LLADÓS**

*Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Barcelona*

**SANTIAGO B. BRAGE CENDÁN**

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal  
Universidad de Santiago de Compostela*

---

### *Tipo básico*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 234

*El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros.*

*Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 234

*1. El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses.*

*2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes sustraídos y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. No se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros, o los casos en los que concurriese alguna de las circunstancias de los artículos 235 ó 235 bis de este Código.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses.*

*Si el valor de los bienes sustraídos fuera igual o inferior a 1.000 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.*

### IV. MOTIVACIÓN

El tipo básico del delito de hurto se mantiene igual que en la redacción vigente.

La supresión de la falta de hurto fuerza a crear en el párrafo segundo del artículo 234 el delito leve de hurto fijando para ello únicamente un límite cuantitativo de 1000 euros, de manera que cuando el valor de lo sustraído sea igual o inferior a ese umbral será de aplicación el tipo atenuado.

La supresión total del apartado 2 del artículo 234 del texto del Anteproyecto se justifica:

1º La referencia al “escaso valor de los bienes sustraídos” ya se ha tenido en cuenta para delimitar el delito grave del delito leve. Se evita así la reiteración de criterios que solo entorpecen la claridad de la norma penal.

2º La referencia a “la situación económica de la víctima” ya se encuentra entre las circunstancias contempladas en el artículo 235. Se evita

así la reiteración de criterios que solo entorpecen la claridad de la norma penal.

3º La supresión de la no aplicación del tipo atenuado cuando concurra “alguna de las circunstancias de los artículos 235 y 235 bis” queda solventada en el propio artículo 235 (el hurto contemplado en el párrafo primero del artículo anterior será castigado con la pena de prisión...). Técnica de economía legislativa.

### *Tipos agravados*

## I. TEXTO VIGENTE

*Art. 235*

*El hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:*

*1. Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.*

*2. Cuando se trate de cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste o una situación de desabastecimiento.*

*3. Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeren perjuicios de especial consideración.*

*4. Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima.*

*5. Cuando se utilice a menores de catorce años para la comisión del delito.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

**Art. 235**

*El hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:*

*1º Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.*

*2º Cuando se trate de cosas de primera necesidad y se cause una situación de desabastecimiento.*

*3º Cuando se trate de conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas al servicio público, y se cause un quebranto grave a los mismos.*

*4º Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, ose produjeren perjuicios de especial consideración.*

*5º Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito.*

*6º Cuando el autor actúe con profesionalidad. Existe profesionalidad cuando el autor actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional.*

*7º Cuando se utilice a menores de dieciséis años para la comisión del delito.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*El hurto contemplado en el párrafo primero del artículo anterior será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:*

*1º. Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.*

*2º Cuando se trate de cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste o una situación de desabastecimiento.*

*3º Cuando revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima.*

*4º. Cuando el valor de los efectos sustraídos supere los 50.000 euros.*

*5º. Cuando se utilice a menores de catorce años para la comisión del delito.*

### IV. MOTIVACIÓN

En primer lugar, se propone limitar la aplicación de los subtipos agravados contemplados en este artículo 235 a los supuestos de hurto previstos únicamente en el párrafo primero del artículo 234 (tipo básico), según la redacción propuesta, para evitar que los delitos leves de hurto puedan resultar agravados por la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235.

La primera de las novedades que contempla el Anteproyecto en este precepto es la prevista en el ordinal tercero, agravando la pena del hurto *cuando se trate de conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas al servicio público, y se cause un quebranto grave a los mismos*. Respecto a esta novedad, se propone su supresión volviendo a la previsión contenida actualmente en el número 2º del artículo 235. Y ello, porque el aumento de estos hechos delictivos unido a la lógica preocupación por este problema no justifica, por sí solos, la introducción de esta modificación, sobre todo porque tales supuestos tienen perfecto encaje bien en el vigente artículo 235.2º (cuando se trate de cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste o una situación de desabastecimiento) o en el 235.3º (cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración).

En cuanto al número 3º del artículo 235, se propone su modificación en el sentido de eliminar del mismo la referencia al valor de los efectos sustraídos, en cuanto que criterio para determinar la especial gravedad del hurto. De este modo, se propone introducir en el ordinal 4º un subtipo agravado cuando el valor de los efectos sustraídos supere los 50.000 euros, de igual modo que acontece en el vigente artículo 250.5º en relación al delito de estafa, por lo que se alcanzaría una mayor seguridad e igualdad en la aplicación de esta circunstancia. A la par, se propone que en este número 3º del artículo 235 se una a la producción de perjuicios de especial consideración, la referencia a la grave situación en que se ponga a la víctima o a su familia o a su realización abusando de las circunstancias personales de la víctima, en cuanto que criterios para estimar la especial gravedad del hurto, de forma similar a como se procede en el artículo 250.4º en relación al delito de estafa.

En relación al número 5º del artículo 235 del Anteproyecto, que añade junto al abuso de las circunstancias personales de la víctima el abuso de su situación de desamparo, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito, se propone su supresión. Así, el abuso de la situación de desamparo de la víctima o el aprovechamiento de su debilidad para su

defensa ocasionada por factores exógenos, son en buena medida reconducibles al abuso de las circunstancias personales de la víctima. Asimismo, el recurso a la circunstancia agravante genérica recogida en el artículo 22.2ª serviría para sancionar adecuadamente el aprovechamiento de las mencionadas circunstancias.

Respecto al número 6º del artículo 235, que establece la agravación del hurto cuando el autor actúe con profesionalidad, entendiéndose por tal cuando el mismo actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional, se propone su supresión en coherencia con la enmienda formulada en el artículo 234 respecto al castigo de la reiteración en la perpetración de hurtos de escasa entidad con arreglo al tipo básico. Además, compartimos las críticas formuladas por la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ, en el sentido de la vaguedad de la redacción utilizada, que comportará problemas a la hora de constatar el designio del autor y la frecuencia con que se comete este tipo de infracciones, a la par de lo impropio del uso del término “profesionalidad” en relación con la realización de una actividad delictiva.

Finalmente, el número 7º del artículo 235 del Anteproyecto eleva la edad de los menores utilizados para la comisión del hecho, que pasa de los catorce a los dieciséis años. En relación a esta modificación se propone la redacción vigente, dado que la utilización de menores de catorce años, no sujetos a las medidas establecidas en la LO 5/2000 sobre responsabilidad penal de los menores, comporta un mayor desvalor de la conducta desplegada por el autor mediato.

### *Otros tipo agravados*

## **I. TEXTO VIGENTE**

*No existen precedentes*

## **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

**Art. 235 bis**

*1. Será castigado con una pena de dos a cuatro años de prisión quien cometa un delito de hurto:*

*1° cuando él mismo, u otro de los partícipes en el delito, porte un arma u otro instrumento peligroso, o*

*2° cuando se trate de un miembro de una organización constituida para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito.*

*2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurrieran las circunstancias expresadas en los apartados 1° y 2° del mismo, o cuando la expresada en el apartado 2° concurren con alguna de las reguladas en el artículo 235.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión del artículo 235 bis.*

### IV. MOTIVACIÓN

Se suprime el artículo 235 bis por:

1° De las dos agravaciones previstas en el apartado 1 del artículo 235 bis para el delito de hurto:

a. La agravación por el “porte” no se encuentra justificada al no implicar dicho porte el uso del arma. No hay por tanto un mayor desvalor de resultado que justifique la imposición de una pena que incluso puede ser mayor a la prevista para el tipo atenuado del delito de robo con violencia con uso de armas. Si el peligro para la vida o integridad física surge con el “uso” del arma, en el instante en que el sujeto activo haga uso de la misma será de aplicación el tipo agravado del delito de robo con violencia o intimidación en las personas.

b. El artículo 235 bis agrava la pena asimismo por la actuación conjunta de varios miembros de una organización dedicados a la comisión de delitos contra el patrimonio. Dicha agravación es innecesaria y perturbadora por la existencia de los artículos 570 bis y 570 ter.

2° El apartado 2 del artículo 235 bis coherentemente con la motivación anterior debe ser suprimido.

## *Furtumposessionis*

### *ART. 236 del Anteproyecto*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

##### *Art. 236*

*Será castigado con multa de tres a 12 meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, siempre que el valor de aquélla excediere de 400 euros.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

##### *Art. 236*

*1. Será castigado con multa de tres a 12 meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero.*

*2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes sustraídos y el perjuicio causado, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros.*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Será castigado con multa de tres a 12 meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero.*

*Si el valor de los bienes sustraídos fuera igual o inferior a 1.000 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.*

#### **IV. MOTIVACIÓN**

En coherencia con lo previsto en el artículo 234.

*Medidas de seguridad aplicables a los condenados por hurto*

**I. TEXTO VIGENTE**

*No existen precedentes*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

**Art. 236 bis**

*A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.*

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Enmienda de supresión.*

**IV. MOTIVACIÓN**

En la Exposición de Motivos se justifica este nuevo precepto en la posibilidad de imponer una medida de seguridad a los delincuentes patrimoniales peligrosos. Se trata, por tanto, de imponer una medida posterior al cumplimiento de la pena lo que denota el paso, implícito en todo el Anteproyecto, de un Derecho penal de la culpabilidad a un Derecho penal de la peligrosidad.

## 17.2. Delitos de robo

**ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ**

*Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Castilla-La Mancha*

**SANTIAGO B. BRAGE CENDÁN**

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal  
Universidad de Santiago de Compostela*

---

### *Concepto de robo*

#### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 237*

*Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 237*

*Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren.*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren.*

## IV. MOTIVACIÓN

En la definición del delito de robo el Anteproyecto incluye dos novedades:

1ª La fuerza se amplía y ya no es solo la realizada para “acceder al lugar” sino también la realizada para “abandonar al lugar”, volviendo el texto de la propuesta a la situación anterior al Código penal de 1995 que justificó la nueva redacción en evitar el peligro de una inadmisibles extención del robo con fuerza en las cosas a expensas del delito de hurto y advertir sobre la necesidad de no perder de vista el significado instrumental de la fuerza con virtualidad jurídica para convertir el desapoderamiento en robo. El Código penal de 1995 zanjaba así una antigua polémica doctrinal y jurisprudencial sobre el momento en que podría concurrir la fuerza en las cosas para calificar el apoderamiento como robo.

Si el legislador del Anteproyecto está pensando, según parece desprenderse de la Exposición de Motivos, en el castigo de la desactivación del denominado “botón detonante” que llevan incorporados la mayoría de los objetos para no ser detectada la sustracción al salir del establecimiento, la redacción, en este caso, debería mejorarse. No obstante, el endurecimiento punitivo es inadmisibles y resulta políticamente desacertado.

2ª La nueva redacción dada al artículo 237 traslada a dicho artículo lo previsto en el vigente tipo agravado del artículo 242.3 para dejar claro, que ya lo estaba anteriormente en base a la interpretación doctrinal y jurisprudencial realizada, que la violencia o intimidación puede recaer sobre persona distinta del perjudicado.

### *Penalidad del robo con fuerza*

## I. TEXTO VIGENTE

*Art. 240*

*El culpable de robo con fuerza en las cosas será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 240

1. *El culpable de robo con fuerza en las cosas será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.*
2. *Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en los artículos 235 ó 235 bis.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

1. *El culpable de robo con fuerza en las cosas será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.*
2. *Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235.*

## IV. MOTIVACIÓN

Se suprime la referencia al artículo 235 bis en coherencia con la supresión de dicho precepto.

### *Tipos agravados del robo con fuerza*

## I. TEXTO VIGENTE

Art. 241

1. *Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235, o el robo se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias.*
2. *Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar.*
3. *Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercanos y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### Art. 241

1. *El robo cometido en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias, se castigará con una pena de prisión de dos a cinco años.*

2. *Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar.*

3. *Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física.*

4. *Se impondrá una pena de dos a seis años de prisión cuando el hecho revista especial gravedad, atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados y, en todo caso, cuando concorra alguna de las circunstancias expresadas en los artículos 235 ó 235 bis.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

1. *El robo cometido en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias, se castigará con una pena de prisión de dos a cinco años.*

2. *Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar.*

3. *Se consideran dependencias de casa habitada sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física.*

## IV. MOTIVACIÓN

1º Supresión del tipo agravado por cometer el robo en edificio o local abiertos al público pues, a diferencia de lo que sucede con el robo en casa habitada, dicha agravación carece de fundamento. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde sus primeras sentencias en relación con este tipo agravado, ha señalado que “el fundamento de la agravación se centra en la evitación de cualquier eventual enfrentamiento entre autores y sujetos pasivos o meros expectantes del suceso, con la graves consecuen-

cias que pudieran derivarse” (SSTS de 16 de junio de 1977, de 21 de noviembre de 1997).

El fundamento alegado, el riesgo de lesión para otros bienes en juego cuando el robo se comete en lugares que de por ser de libre acceso al público pueden albergar distintas personas, habría que rechazarlo pues solo podrían correr peligro los presentes en el lugar si el autor hiciera uso de algún arma o de violencia, pues de otra forma es impensable que pueda poner en peligro la integridad física de las personas, y en este caso, el hecho se calificaría de robo con violencia o intimidación en las personas, hecho que está castigado con la misma pena que el robo con fuerza en las cosas en edificio o local abiertos al público.

Si como dice la Exposición de Motivos se está pensando en los casos de butrones o alunizajes, dicha supresión no supone una pena menor ya que el castigo a imponer sería la pena de prisión de 2 a 5 años en virtud de la remisión que efectúa el artículo 240 al número 4 del artículo 235.

2º En el apartado 3, supresión del inciso “o de edificio o local abiertos al público”, por las razones expuestas.

3º Supresión del apartado 4. De nuevo la propuesta del Anteproyecto emplea un concepto jurídico indeterminado (*cuando el hecho revista especial gravedad*) para agravar la pena, en esta ocasión, del delito de robo con fuerza en las cosas cometido en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias. Los criterios que ahora se establecen para apreciar la mencionada especial gravedad son “atender a la forma de comisión del delito” o a los “perjuicios ocasionados”, que según la Exposición de Motivos viene determinada por el modo de comisión (butrones, alunizajes) o la gravedad de los daños causados.

Pues bien, teniendo en cuenta que la mayor pena establecida en este precepto, no sólo toma en consideración fundamentalmente el peligro que la realización de tales hechos en los lugares referidos puede entrañar para la vida o la integridad de las personas, sino también el modo de comisión o la gravedad de los daños causados, entendemos que carece de justificación alguna la previsión establecida en el primer inciso de este apartado cuarto del artículo 241. De igual modo, y por las mismas razones apuntadas, entendemos que no tiene sentido la previsión con-

tenida en el inciso final de este mismo apartado cuarto del artículo 241, para el caso de que concurra alguna de las circunstancias expresadas en los artículos 235 o 235 bis. Finalmente, la pena establecida para estos supuestos agravados de dos a seis años de prisión, determinaría un cambio en la competencia para el enjuiciamiento de estos delitos, pasando de los Juzgados de lo Penal a la Audiencia Provincial (artículo 14.3 y 4 de la LECrim), con las consabidas consecuencias a las que tal cambio avocaría. Por todo ello, se propone la supresión de este apartado cuarto.

### ***Robo con violencia o intimidación***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

Art. 242

1. *El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.*

2. *Cuando el robo se cometa en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias, se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años.*

3. *Las penas señaladas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.*

4. *En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

Art. 242

1. *El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.*

2. *Cuando el robo con violencia o intimidación se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias, se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a seis años.*

3. Las penas señaladas en los dos apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando concurren alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 235 bis o cualquiera de los intervinientes en los hechos hiciere uso de armas o instrumentos peligrosos.

4. En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores.

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.

2. Cuando el robo con violencia o intimidación se cometa en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias, se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a seis años.

3. Las penas señaladas en los dos apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando cualquiera de los intervinientes en los hechos hiciere uso de armas o instrumentos peligrosos.

4. En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores.

### IV. MOTIVACIÓN

El Anteproyecto mantiene intactos los apartados 1 y 4.

En el apartado 2, la supresión de la expresión “edificio o local abierto al público” se justifica en las razones alegadas en el artículo 241.

En el apartado 3, la supresión a la remisión del artículo 235 bis se justifica en la eliminación de dicho artículo.

### *Medidas de seguridad en delitos de robo*

#### I. TEXTO VIGENTE

*No existen precedentes*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 242 bis*

*A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Enmienda de supresión.*

## IV. MOTIVACIÓN

En la Exposición de Motivos se justifica este nuevo precepto en la posibilidad de imponer una medida de seguridad a los delincuentes patrimoniales peligrosos. Se trata, por tanto, de imponer una medida posterior al cumplimiento de la pena lo que denota el paso, implícito en todo el Anteproyecto, de un Derecho penal de la culpabilidad a un Derecho penal de la peligrosidad.

# 17.3. Alzamiento de bienes. Rúbrica del Capítulo VII del Título XIII del Libro II

**LUIS ROCA AGAPITO**

*Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Oviedo*

---

## I. TEXTO VIGENTE

*Rúbrica del Capítulo VII del Título XIII del Libro II: “De las insolvencias punibles”*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“Frustración de la ejecución”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*“Delitos de alzamiento de bienes”*

## IV. MOTIVACIÓN

El CGPJ considera que “la denominación por la que se ha optado no resulta del todo precisa, pues la consumación de ciertas modalidades no requiere, si quiera, del inicio de un procedimiento de ejecución”. Propone la rúbrica “Delitos contra el derecho de crédito”. Sin embargo, esta denominación no conviene: 1º. No son los únicos delitos contra el derecho de crédito, como por ejemplo, la apropiación indebida. 2º. Lo que se protege no es todo el derecho de crédito, sino sólo una parte: no se protege el derecho al cumplimiento de la obligación, sino el derecho de los acreedores a obtener una satisfacción equivalente en el patrimonio del deudor. Por ello, proponemos como rúbrica la denominación tradi-

cional con la que se conoce a estas figuras, esto es, “delitos de alzamiento de bienes”.

### *Art. 257*

## I. TEXTO VIGENTE

### *Art. 257*

*“1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:*

*1º. El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.*

*2º. Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.*

*2. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.*

*3. En el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, la pena a imponer será de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.*

*4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los ordinales 1º, 4º y 5º del apartado primero del artículo 250.*

*5. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### *Art. 257*

*“1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:*

*1. El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.*

*2. Quien con el mismo fin:*

*a) ocultare sus bienes,*

*b) o realizare cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo, de una*

*medida cautelar o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.*

2. *Con la misma pena será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder.*

3. *Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.*

*No obstante lo anterior, en el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, o se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la pena a imponer será de prisión de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.*

4. *Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los números 5º ó 6º del art. 250.1 de este Código.*

5. *Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De modificación*

*Nuevo texto que se propone:*

*Art. 257*

*“1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:*

*1º. El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.*

*2º. Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.*

*2. Con la misma pena será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder.*

3. *Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.*

4. *Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal”.*

#### IV. MOTIVACIÓN

1. En el apartado 2 del artículo 257 del Anteproyecto se suprime la mención expresa a que “a) ocultare sus bienes”, pues es una aclaración innecesaria y a la vez confusa. Innecesaria, porque los Tribunales ya vienen concibiendo desde hace mucho tiempo la conducta de alzamiento de bienes como la ocultación material o jurídica de los bienes del deudor. Por lo tanto, no aclara nada que ya no se viniese aplicando por parte de los Tribunales. Pero además es una expresión confusa, porque da a entender que la conducta del apartado 1 (“alzarse”) no es, ni ocultar, ni ninguna de las otras conductas recogidas en el apartado 2. Si se tiene en cuenta que las conductas descritas en el apartado 2 son algunas de las habitualmente incluidas en la idea de alzamiento, queda ésta sumamente restringida; por ejemplo, a la huida con los bienes, o, quizás, a la destrucción de los mismos.

2. En el apartado 2 del artículo 257 del Anteproyecto se suprime la mención expresa a “una medida cautelar”, porque es innecesaria, ya que normalmente en la referencia al embargo, los Tribunales entienden incluido no sólo el ejecutivo, sino también el preventivo, que es lo que parece querer incluirse con dicha referencia expresa a “una medida cautelar”. Es por tanto una aclaración innecesaria.

3. En el apartado 3 del artículo 257 del Anteproyecto se propone suprimir el párrafo 2º, que prevé un tipo agravado desproporcionado para el caso de que se trate de eludir el pago de deudas de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídica (*sic*) pública. ¿Por qué tiene que estar más castigado que un empresario trate de eludir el pago a la Hacienda que a los trabajadores, por ejemplo? ¿Cuál es la razón que hace más grave no pagar una deuda pública que una deuda privada?

La razón de la agravación de la pena en estos casos obedece pura y simplemente a la intención de incrementar el plazo de prescripción para estos delitos. Sin embargo, dicha agravación no encuentra justificación ni en una mayor necesidad de prevención de tales conductas, ni tampoco en una ampliación del plazo de prescripción (ROCA AGAPITO/SÁNCHEZ DAFAUCE).

En caso de no admitirse la supresión del tipo agravado, alternativamente proponemos suprimir la mención expresa a que “se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social”. Es absurdo y desproporcionado que resulte sancionada más severamente la conducta posterior de tratar de eludir el pago de una multa derivada de la comisión de un delito fiscal, por ejemplo, que la comisión del propio delito fiscal. Es como si a un ladrón se le castigase más por no obedecer las órdenes de alto de un policía y huir con el botín, que por haber cometido el robo.

Se observa un desmedido afán de tratar de garantizar a toda costa, aunque sea de un modo desproporcionado, la recaudación de tributos y cotizaciones.

4. Se propone suprimir el apartado 4 del artículo 257 del Anteproyecto que extiende algunos tipos agravados de estafa al alzamiento de bienes. Sin embargo, dicha proyección no parece adecuada en cuanto que los delitos de estafa o apropiación indebida recaen sobre bienes ajenos, mientras que el alzamiento de bienes lo hace sobre el propio patrimonio.

## BIBLIOGRAFÍA

ROCA AGAPITO, L./ SÁNCHEZ DAFAUCE, M. “Insolvencias punibles: arts. 257.3 y 258 CP”, en Álvarez García, F. J. *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia, 2010, p. 235.

**Art. 258 CP****I. TEXTO VIGENTE****Art. 258**

*“El responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.*

**II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO****Art. 258**

*“1. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses quien, en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo, presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor.*

*La relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto.*

*2. La misma pena se impondrá cuando el deudor, requerido para ello, deje de facilitar la relación de bienes o patrimonio a que se refiere el apartado anterior.*

*3. Los delitos a que se refiere este artículo no serán perseguibles si el autor, antes de que la autoridad o funcionario hubieran descubierto el carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada, compareciera ante ellos y presentara una declaración de bienes o patrimonio veraz y completa”.*

**III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Suprimir el artículo 258 del Anteproyecto.*

## IV. MOTIVACIÓN

La inclusión de este delito no está justificada. Primero, porque en casos de falta de colaboración en el procedimiento judicial de ejecución ya pueden dar lugar a responsabilidad penal por delito de desobediencia. El art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es taxativo al respecto. Y segundo, porque en ninguna norma se ha establecido el deber de colaborar con la Administración en la localización de los bienes a embargar (ni en el art. 97 Ley 30/1992; ni en los arts. 169 ss. de la Ley General Tributaria; ni en los arts. 75 ss. Reglamento General de Recaudación de 2005; ni en los arts. 89 ss. Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social de 2004). Por tanto, no existe base legal para poder justificar la introducción de este delito de falta de colaboración en un procedimiento administrativo de ejecución.

En caso de no aceptarse la supresión se sugiere que el resultado de esta falta de colaboración se limite a que “dificulte o impida la satisfacción del acreedor”, en cuanto que por razones de intervención mínima el Derecho penal ha de limitar su esfera de acción a los casos en los cuales el que se “dilata” se convierta en una de las otras dos modalidades (“dificulte o impida”).

Además, la definición de lo que se entienda por relación de bienes incompleta en el fondo está presumiendo un ocultamiento, pues encierra una inversión de la carga de la prueba, lo cual compromete su constitucionalidad. Mejor sería la siguiente redacción: “*La relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado no incluya en ella los bienes cuyo dominio se reserva pese a la transmisión ficticia de su titularidad a un tercero*”.

### *Art. 258 bis CP*

## I. TEXTO VIGENTE

*Art. 258 bis*  
*No existe.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 258 bis*

*“Serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quienes hagan uso de bienes embargados por autoridad pública que hubieran constituidos en depósito sin estar autorizados para ello”.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Art. 258 bis*

*“1. Las disposiciones relativas a la malversación serán extensivas a los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.*

*2. Fuera de los casos previstos en el apartado anterior, el deudor que, sin estar autorizado para ello, haga uso de los bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, será castigado con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses”.*

## IV. MOTIVACIÓN

Se traslada a este Capítulo la modalidad impropia de malversación conocida como “quebrantamiento de depósito”, prevista en el artículo 435.3 CP. En este delito lo que se protege es el derecho de crédito de los acreedores y poco tiene que ver con lo que se protege en la malversación. Es por ello por lo que su ubicación sistemática encaja mejor con los delitos de alzamiento de bienes que con los delitos de malversación. Dada la nueva configuración de las conductas de malversación y para evitar un solapamiento con el artículo 258 bis del Anteproyecto es imprescindible que los sujetos activos de ambos delitos se diferencien. Por ello, el sujeto activo del delito del artículo 258 bis no puede ser ninguno de los previstos para la malversación impropia (administradores y depositarios). A efectos prácticos, esto significa que el autor del delito del artículo 258 bis no puede ser el depositario de los bienes embargados. Como lo que sí ha de ser es deudor, para que este artículo no caiga en el vacío hay que

imaginar algún supuesto en el que el deudor tenga acceso a sus bienes embargados o depositados sin ser el depositario de los mismos.

Por lo demás la redacción del artículo 258 bis del Anteproyecto se mejora pues adolece de falta de sintaxis y de un estilo excesivamente alambicado.

## 17.4. Insolvencias punibles

**GONZALO QUINTERO OLIVARES**

*Catedrático de Derecho Penal*

*Universidad Rovira i Virgili*

---

### I. TEXTO VIGENTE

#### *CAPÍTULO VII*

#### *DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES.*

##### *Art. 259*

*“Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto”.*

##### *Art. 260*

*1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.*

*2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.*

*3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.*

*4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal.*

##### *Art. 261*

*El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses.*

##### *Artículo 261 bis.*

*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:*

a. *Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*

b. *Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.*

c. *Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.*

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Se añade un Capítulo VII bis al Título XIII del Libro II, con la siguiente rúbrica:*

*“DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES”.*

*Se modifica el artículo 259, que tendrá la siguiente redacción:*

*“1. Será castigado con una pena de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realizare alguna de las siguientes conductas:*

*1.– Oculte, destruya, cause daños o realice cualquier otra actuación que no se ajuste al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y que disminuya el valor de elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.*

*2.– Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.*

*3.– Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.*

*4.– Simule créditos de terceros o reconocimiento de créditos ficticios.*

*5.– Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.*

*6.– Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se*

*dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.*

7.– *Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.*

8.– *Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.*

9.– *Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.*

10.– *Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial.*

2. *Se impondrá una pena de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause o agrave su situación de insolvencia.*

3. *Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años ó multa de doce a veinticuatro meses.*

4. *Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso.*

5. *Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.*

6. *En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vinculará a la jurisdicción penal.”*

*Se añade un artículo 259 bis, con el siguiente contenido:*

*“Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, en el caso del artículo 257.1, y de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a treinta y seis meses, en el caso del artículo 257.2, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

1. Cuando se cree el peligro de causar un perjuicio patrimonial relevante para una pluralidad de personas, o de ponerlas en una grave situación económica

2. Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 €.

3. Cuando más de la mitad del importe de los créditos concursales correspondan a créditos frente a la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral y frente a la Seguridad Social.”

Se modifica el artículo 260, que queda redactado como sigue:

“1. Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial.

2. La misma pena se impondrá a quien, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto.”

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA AL ARTÍCULO 259

#### Sustitución

##### 1. Texto que se propone:

1. Será castigado con una pena de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses el empresario que en los dos años anteriores a una situación generalizada de insolvencia o a la declaración de concurso hubiera realizado alguna de las conductas siguientes. Si el propósito hubiera sido la causación o agravación de la insolvencia la pena imponible será de dos a seis años de prisión y multa de ocho a veinticuatro meses.

1) Oculte, destruya, cause daños o realice cualquier otra actuación que no se ajuste al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y que disminuya el valor de elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.

2) Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con el capital de la Sociedad deudora o su situación patrimonial, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial

3) Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.

4) Simule créditos de terceros o reconocimiento de créditos ficticios.

5). Participe en negocios especulativos cuando en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, sea contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

6) Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

7) Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

8) Formule las cuentas anuales o los libros contables, sin cumplir regla alguna de contabilidad y de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

9) Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial.

2. Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso.

3. Los delitos singulares relacionados con la bancarrota, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de este. En esos casos, y para la apreciación de delito de bancarrota, no podrán ser tomados en consideración aquellos hechos que hubieran sido objeto de un procedimiento penal separado. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vinculará a la jurisdicción penal.”

(Para los números 2 y 3 del texto del Anteproyecto se propone la SUPRESIÓN)

#### IV. MOTIVACIÓN

Este artículo 259 ha de dedicarse exclusivamente a la bancarrota del empresario, separándola de la insolvencia de los particulares. Es preciso establecer un plazo de retroactividad de la valoración de la insolvencia. Es preciso cerrar el paso al riesgo de infringir el principio *non bis in ídem*.

El presupuesto necesario para la apreciación del delito a partir de esas indicaciones es *el estado de insolvencia* (“...quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente...”) y esa situación debiera de clarificarse como “*sobreseimiento general de todas las obligaciones*”, a fin de impedir que una situación de insolvencia frente a parte de los acreedores solo en parte del territorio nacional pudiera propiciar la acción penal sin tratarse de una real situación de insolvencia.

Se han de diferenciar los casos de *conductas antecedentes intolerables*, de aquellos otros de *causación intencionada de la insolvencia*.

Es preciso referirse al endeudamiento por encima del capital de la empresa (art. 4 de la Ley de Sociedades de Capital), pues uno de los problemas del sistema español es, precisamente, el volumen de riesgo que asumen Sociedades cuyo capital es desproporcionadamente inferior al riesgo.

Los negocios especulativos, tan caros a nuestra sociedad, pueden tener explicación por la codicia. Pero en tanto que no son nunca actos de economía *productiva*, no debiera plantearse *nunca* que puedan llegar a tener “justificación económica”

En cuanto a la incorrección contable, y dada la variedad de criterios existentes, debería descartarse la existencia de infracción penal salvo para los casos en la contabilidad no fuera posible *cualquiera que fuese el sistema empleado*.

La incriminación de la comisión imprudente del art. 259-3 no tiene sentido, pues estando ya previstas sanciones en la Ley Concursal,

la expresa incriminación de una bancarrota imprudente es *innecesaria*. Además resulta difícil entender cómo se puede extender la comisión imprudente a muchas indicaciones que solo son concebible como acciones dolosas.

## V. PROPUESTA ALTERNATIVA AL ARTÍCULO 259 BIS

### *Sustitución*

*Artículo 259 bis: Cuando los hechos descritos en el artículo 259 se hayan producido en entidades bancarias o de crédito se considerará, en orden a la responsabilidad penal, la necesidad de intervención pública de la entidad como equivalente al estado de insolvencia. En esos supuestos las penas se impondrán, en sus respectivos casos, en su mitad superior.*

## VI. MOTIVACIÓN

Estas cualificaciones son innecesarias y perturbadoras, pues es absurdo aumentar las amenazas penales en un terreno en el que el problema es que el derecho penal llegue a aplicarse con normalidad. Por otra parte, teniendo en cuenta que la bancarrota *necesariamente afecta a una pluralidad de personas* (y no caigamos en el ejemplo de laboratorio de la quiebra ante un acreedor único) no tiene sentido prever la pluralidad de afectados como cualificación.

En cuanto al perjuicio superior a 600.000 € a alguno de los acreedores no significa que se le cause al “más débil”, única posibilidad de que tuviera algún sentido 8 y siempre que mediara dolo respecto de esa circunstancia concreta).

Ninguna justificación hay para agravar la pena porque más de la mitad del importe se deba a las Haciendas públicas o a la seguridad social, que ya han sido privilegiadas en el régimen del alzamiento de bienes. De nuevo flota la absurda idea de que perjudicar a ciudadanos es “menos grave”.

En suma: lo mejor sería la *supresión de esas cualificaciones*

Por el contrario, parece obligado, tras la reciente experiencia española, que se prevean agravaciones para los casos en que esas prácticas de realicen en entidades bancarias o de crédito que luego han de ser intervenidas, extendiendo el perjuicio a toda la sociedad.

## **VII. PROPUESTA ALTERNATIVA. ADICIÓN DE UN NUEVO ARTÍCULO 259 TER CON EL SIGUIENTE CONTENIDO**

*Será condenado con la pena de uno a dos años de prisión el deudor que, en los dos años anteriores a entrar en situación generalizada de insolvencia o en concurso, hubiera realizado alguna de las siguientes acciones:*

*1 Destruir o dañar o cualquier otra actuación que no se ajuste al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y que disminuya el valor de elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.*

*2. Realizar actos gratuitos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o asumir injustificadamente deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos.*

*3. Participar en negocios especulativos con riesgo superior a su capacidad patrimonial.*

*4. Simular créditos de terceros o reconocer créditos ficticios.*

*5. Realizar cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor.*

## **VIII. MOTIVACIÓN**

Esta sería la descripción de la quiebra delictiva de los particulares

## **IX. PROPUESTA ALTERNATIVA AL ARTÍCULO 260**

*Supresión*

## X. MOTIVACIÓN

El artículo 260 del Anteproyecto incrimina una forma de favorecimiento de acreedores. Es una incriminación *prescindible*. Es patente que esta figura está orientada a reprimir los actos que el deudor pueda ejecutar para perjudicar el principio de la *par conditio creditorum*. Si eso es así no tiene sentido abrir la posibilidad de que haya una “justificación económica o empresarial” para hacerlo. El nº 2 recoge lo que actualmente obra en el artículo 259 CP. Por lo tanto, la novedad es la del nº 1, y es importante anotar que ahí se describen actos *previos a la declaración judicial*.

Si la conducta de beneficiar a unos acreedores en detrimento de otros se hubiera producido antes de la declaración del estado concursal, es seguro, de acuerdo a jurisprudencia y doctrina absolutamente dominantes, que no podría apreciarse alzamiento de bienes y, mucho menos, acusar de complicidad al acreedor beneficiado, pues el alzamiento no se produce con la simple preterición de acreedores, si lo que se satisface es un crédito real, y todo ello con plena independencia de que esa decisión del deudor pueda ulteriormente ser anulada en virtud de la retroacción de la quiebra o concurso, si se producen. Si la conducta no sería delictiva de producirse «antes», podemos preguntarnos si tiene sentido criminalizarla solamente porque se ha iniciado ya el proceso de ejecución concursal. Añádase que nada se dice de la responsabilidad que pueda corresponder al acreedor que resulta beneficiado en detrimento de los demás, cuando siguiendo los criterios comunes a los delitos patrimoniales se habría beneficiado de los efectos de un delito, razonamiento absurdo cuando no hace otra cosa que cobrar un crédito real y exigible.

Por último, de mantenerse la figura sería conveniente añadir alguna indicación sobre la responsabilidad de los *administradores concursales que autoricen esos actos de favorecimiento*.

## 17.5. Insolvencias punibles

MARIO SÁNCHEZ DAFUACE

Profesor Dr. Ayudante de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid

---

### I. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 259

*“1. Será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de ocho a veinticuatro meses el empresario que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o previsible, realizare alguna de las siguientes conductas:*

*1ª. Entrega, transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o asunción de deudas, siempre que estos actos de disposición no guarden proporción con el estado patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.*

*2ª. Venta o prestación de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción sin justificación económica.*

*3ª. Participación en negocios jurídicos de los que resulte una disminución relevante del patrimonio del deudor, también una disminución del valor de elementos patrimoniales incluidos, o que habrían de estarlo, en la masa del concurso en el momento de su apertura o un aumento del pasivo, y que carezcan de justificación económica o empresarial.*

*4ª. Participación en negocios especulativos, cuando ello resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.*

*5ª. Incumplimiento del deber legal de llevar contabilidad, llevanza de doble contabilidad, o comisión en la llevanza de irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.*

*6ª. Ocultación, destrucción o alteración de la documentación que está obligado a conservar, antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, y cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.*

*2. Si la realización de alguna de las conductas referidas en el apartado precedente o, fuera de ellas, la de cualquier otra que no se ajuste al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos causare o agravare la situa-*

*ción de insolvencia del deudor, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión y multa de ocho a veinticuatro meses.*

*3. Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, o haya sido declarado su concurso, o haya sido objeto de una intervención pública destinada a su saneamiento económico o financiero.*

*4. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.*

*5. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vinculará a la jurisdicción penal”.*

*Art. 259 bis*

*Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a dieciséis meses, en el caso del artículo 259.1, y de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses, en el caso del artículo 259.2, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

*1. Cuando se ponga en peligro el correcto funcionamiento de la economía crediticia en su conjunto.*

*2. Cuando se cause a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 €.*

*3. Cuando se cause un perjuicio patrimonial relevante para una pluralidad de personas o se ponga a alguno de los acreedores en una grave situación económica.*

*4. Cuando más de la mitad del importe de los créditos concursales corresponda a créditos frente a la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral y frente a la Seguridad Social.*

## II. MOTIVACIÓN

1. El art. 259 ACP incluye dos grupos de conductas: las de alzamiento (p.ej., ocultación de bienes o simulación de créditos), y las contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos. Con las primeras se pretende la frustración del crédito del acreedor sin merma patrimonial del deudor; en las segundas, es una incorrecta administración de un patrimonio la que provoca, al menos, un riesgo de disminución del mismo y, con ello, una eventual y correlativa insatisfacción del

crédito. Las primeras son alzamientos y se deben ajustar a los tipos de alzamiento de bienes. Por ello, han de extraerse de los tipos concursales o asimilados.

2. En los alzamientos, la frustración del crédito del acreedor se corresponde con un enriquecimiento patrimonial ilícito del deudor. Se puede decir que el deudor se enriquece con sus propios bienes (se trata de un factor que permite comprender la criminalización de un incumplimiento contractual civil; y ello sirve, tanto si se estima que el tipo queda consumado con la sola maniobra sobre los propios bienes, como si se considera que es necesario esperar a que la deuda venza y sea exigible). Los tipos concursales son casos de descapitalización de un patrimonio como consecuencia de una gestión irregular. En ellos han de incluirse los supuestos de descapitalización del patrimonio de garantía sin menoscabo patrimonial del autor de la gestión irregular. Es más dudosa, no obstante, la pertinencia de la tipicidad de conductas que implican la descapitalización del patrimonio propio del autor de la gestión irregular. Su tipicidad criminaliza a quien, con la correspondiente frustración del crédito, ha perdido su patrimonio. Para atender a dicha frustración quizá sea suficiente la intervención del Derecho privado. Con ello, la tipicidad de las gestiones desordenadas de un patrimonio, con riesgo para su integridad, queda circunscrita a la gestión de patrimonios ajenos. (Esto incluye la hipotética responsabilidad penal de la persona jurídica que gestiona un patrimonio ajeno. Los casos de actuación en provecho propio, cuando se pretenda la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, están más cerca del alzamiento de bienes). Si se sigue este argumento, el tipo ha de referirse al “empresario social”, pues la gestión desleal común de un patrimonio ajeno ya queda recogida en el art. 252 ACP. Un caso particular es el del empresario individual, a quien quizá sí se le pueda exigir bajo amenaza de pena una gestión adecuada de su patrimonio, y ello por la dimensión pública de su actividad profesional. No obstante, si se le hace sujeto activo apto de este delito, en la definición del marco penal ha de considerarse que la disminución del patrimonio de garantía coincide con un quebranto patrimonial del autor, pues su patrimonio comercial no está separado jurídicamente de su patrimonio personal o familiar.

En resumen, el incumplimiento del deber de gestión diligente de una situación de insolvencia solo debe llegar al Derecho penal respecto de personas cuya actividad profesional comprenda la protección del crédito. Para los particulares quedan, dados sus requisitos, los alzamientos de bienes.

3. La Ley Concursal define así la insolvencia inminente: “Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones” (art. 2.3). Que la previsión de dicho incumplimiento se base en el juicio del propio deudor es algo que se corresponde con la limitación de este concepto a los supuestos de concurso voluntario (art. 2.3 LC). Pero esta limitación carece de sentido en el ámbito del Derecho penal, donde se debe proceder a un juicio en el que la previsión del deudor se convierta en previsibilidad, y ello de acuerdo con el correspondiente criterio metodológico (p. ej., profesional medio con la información específica que posea el autor). Para ello sirven los hechos que permiten la declaración de concurso necesario sin sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones (art. 2.4 LC), pero también cualquier otro que acredite la situación de riesgo (en correspondencia con las fuentes de las que, según el art. 14 LC, el juez puede deducir la situación de insolvencia alegada por el deudor). En resumen, la referencia a una insolvencia “previsible” evita el estrecho margen del concurso voluntario, sustrae al concepto mercantil su base subjetiva y hace innecesaria una criminalización del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (art. 5 LC).

4. El art. 259 ACP incluye:

– Tipos de peligro abstracto (p.ej.: actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial).

– Tipos de peligro concreto (p.ej.: cualquier actuación que no se ajuste al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y que disminuya el valor de elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura).

– Una cláusula abierta constitutiva de un tipo de peligro concreto (cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial).

– Un tipo agravado de resultado consistente en la causación de la situación de insolvencia.

– Un tipo agravado de resultado consistente en el agravamiento de la situación de insolvencia.

– Un único tipo imprudente proyectado sobre todas las clases de tipos anteriores.

Se trata de una estructura típica muy compleja. Para favorecer la comprensión de los diferentes tipos, así como la delimitación conjunta de la tipicidad, se pueden proponer las siguientes modificaciones:

a) Un primer apartado que incluya los tipos de peligro, concreto y abstracto, con medios comisivos determinados.

b) Un segundo apartado que recoja los tipos agravados de resultado y en donde se incluya también una cláusula abierta consistente en la infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos. La elaboración de una lista de conductas cuya realización perfecciona un tipo de peligro, y dada una situación de insolvencia actual o previsible, es un acierto legislativo, habida cuenta de las dificultades probatorias del agravamiento de la insolvencia, por no hablar de su causación. No obstante, la pertinencia de la extensión de la cláusula abierta a los casos de sola creación de un riesgo es discutible. La pretensión legislativa —p.ej., que baste con una imputable disminución del patrimonio del deudor para la perfección del tipo— se comprende cuando se trata de conductas de riesgo conocidas. Respecto de conductas de riesgo desconocidas —lo son porque hay 8 entradas previas muy detalladas— quizá sea aconsejable exigir una imputable creación o un imputable agravamiento de la situación de insolvencia. También sería apropiada una restricción expresa del tipo de agravamiento de la insolvencia a las situaciones de insolvencia actual o previsible. Ha de evitarse una desconexión entre la situación de riesgo y la conducta agravatoria.

c) Aceptada la decisión político-criminal de tipificar la imprudencia, hay que evitar la proyección del tipo imprudente sobre los tipos de peligro, pues no conviene sobreponer a la estructura de estos la creación imprudente de un riesgo sin resultado. Así, el tipo imprudente ha de quedar restringido a los casos en los que sí se realiza el riesgo en el resultado (creación o agravamiento de la situación de insolvencia). Por ejemplo, quien imprudentemente destruye documentos sólo realiza el tipo si esa destrucción causa o agrava la insolvencia, y no cuando tal destrucción solamente dificulta el examen de la situación económica real del deudor (art 259.1.7 ACP).

5. La declaración de concurso se convierte en una condición de perseguibilidad (ap. 4), pero no en la única: sin ella es posible iniciar la acción penal si el deudor ha dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (ap. 4). La intención legislativa es, por lo tanto, la de ampliar el campo de conductas incriminadas. Para que no quede fuera ninguna conducta estructuralmente similar a las recogidas en el texto, el apartado 4 debería ampliar el catálogo de conductas perseguibles con una tercera entrada: "(...) o cuando el deudor haya sido objeto de una intervención pública destinada a su saneamiento económico o financiero". Carece de sentido que la intervención pública, además de la inyección de fondos, evite la intervención penal, y más aún cuando se concibe que la sola creación de un peligro, incluso abstracto, es suficiente para ella. La aportación de dinero público, con el objeto de que el deudor no suspenda el cumplimiento regular de sus obligaciones exigibles y evite así la declaración de concurso, no solo deja intactos todos los elementos del delito —injusto y culpabilidad—, sino que, si cabe, incrementa la necesidad de que el Derecho penal se haga cargo del caso, habida cuenta de que la situación de insolvencia actual o previsible ha tenido ya, por definición, un importante efecto general: la inyección de fondos solo se justifica si tiene como presupuesto el peligro para la economía crediticia en su conjunto.

6. En los tipos agravados, y respetando las diversas decisiones político-criminales, conviene añadir a la imprecisa referencia al peligro de causar un perjuicio patrimonial relevante para una pluralidad de personas una más ajustada alusión al peligro para el correcto funcionamiento de la economía crediticia en su conjunto. Aquí no caben vaguedades,

pues el mismo criterio interpretativo que sirve para decidir la cesión de fondos públicos (lo que ha venido en llamarse riesgo sistémico), sirve también para delimitar un ámbito de conductas típicas ostensiblemente más graves. En los demás supuestos quizá sea suficiente con una agravación referida, no a un riesgo, sino ya a un perjuicio (hay que entender que la insatisfacción de los créditos públicos constituye, para el legislador, una situación de riesgo para una generalidad de personas; por ello, hubiera sido más acertado definir un criterio de corte absoluto —p.ej., una estimación de la cantidad dejada de percibir por la Hacienda Pública—, y no, como el previsto, uno relativo y cifrado sobre el total de los créditos concursales: lo que importa no es que el deudor deba más a la Hacienda Pública que a entidades privadas, sino cuánto deja aquélla de ingresar).

Por otro lado, todos estos supuestos se han de relacionar con el correspondiente tipo de peligro o de resultado. En concreto, y respecto de los tipos básicos de peligro, habrá que ver la compatibilidad entre una conducta que ni crea ni agrava la situación de insolvencia y el correspondiente tipo agravado de resultado. Esta compatibilidad no es siempre fácil, pues ha de darse el caso de que, por ejemplo, una conducta que ni causa ni agrava la situación de insolvencia, sí cause, como resultado objetivamente imputable a la gestión incorrecta del patrimonio, un perjuicio económico superior a 600.000 euros.

7. Por último, ni en el art 259.1 ni en el 259.2 se especifica qué clase de pena acompaña a la multa (solo se habla, respectivamente, de “pena de uno a cuatro años” y de “pena de dos a seis años”); las entradas séptima y octava del art. 259.1 son idénticas; el art. 259 bis remite incorrectamente a los arts. 257.1 y 257.2 (en lugar de a los arts. 259.1 y 259.2); y el límite máximo de la pena de multa se lleva a los treinta y seis meses (art. 259 bis), cuando su límite general es de dos años (art. 50.3 CP, no tocado por el ACP).

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 260

*“Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de*

*concurso o declarado el concurso en provisión sobre la solicitud del deudor, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto”.*

#### IV. MOTIVACIÓN

Todos estos casos que recoge el ACP están fuera del alzamiento de bienes. Constituyen una figura más cercana al actual delito concursal que al alzamiento, pues el deudor no mantiene fraudulentamente su patrimonio en perjuicio del acreedor, sino, simplemente, elige a un acreedor en detrimento de otros (si esta preferencia encierra un negocio simulado, entonces hay un ocultamiento y, con él, un alzamiento). El ACP amplía el ámbito de conductas incriminadas, pues extiende el tipo a los casos de insolvencia actual o inminente, en correspondencia con los tipos precedentes. Ahora bien, antes de la admisión a trámite de la solicitud de concurso ni siquiera puede hablarse de una protección de la *par conditio creditorum* estricta, es decir, de la propia del procedimiento concursal. Así, en tanto la figura del art. 260.1 ACP no pretende una protección de la ordenada satisfacción de los créditos en el procedimiento concursal (para ello está el art. 260.2 ACP), y en tanto tampoco es un alzamiento de bienes, no debe ser constitutiva de delito. La respuesta adecuada a estas conductas es la propia del Derecho privado —o bien la causación o el agravamiento de la insolvencia si se dan sus requisitos—.

No obstante, si se mantiene la pretensión punitiva del ACP, hay que considerar que la alternativa a la declaración de concurso, en el art. 259.4 ACP, y como condición de perseguibilidad, es el incumplimiento regular por el acreedor de sus obligaciones exigibles. Se trata de una condición añadida a la insolvencia actual o inminente. Esta condición, no obstante, no se recoge en el art. 260.1 ACP, lo cual significa que su ámbito punitivo es más severo que el del art. 259.1 ACP. Así, quien, p.ej., realiza operaciones de venta por precio inferior al de adquisición sin justificación económica, merece una pena de uno a cuatro años (se entiende, aunque no lo diga el texto, que de prisión) si deja de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Por el contrario, quien favorece ilícitamente a un

acreedor merece la misma pena aunque no deje de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (para el ACP, la situación de insolvencia actual o inminente es compatible con el cumplimiento regular de las obligaciones exigibles. Ello es una consecuencia necesaria de la referencia expresa que el art. 259.4 ACP hace al incumplimiento de tales obligaciones, pues si todo caso de insolvencia actual o inminente, requisito incluido en el art 259.1 ACP, fuese un caso de incumplimiento regular de las obligaciones exigibles, la referencia a este incumplimiento en el art. 259.4 sería superflua). Por último, de la redacción de esta figura en dos apartados, así como del empleo del término “deudor” en el primero y de la expresión “a quien” en el segundo, quizás pueda deducirse la intención legislativa de convertir este segundo tipo en un delito común.

Finalmente, conviene aprovechar la reforma para que el CP advierta que en el concurso voluntario no hay admisión a trámite de la solicitud de concurso (art. 14 LC). Esto se puede conseguir con el siguiente añadido: “(...) o declarado el concurso en provisión sobre la solicitud del deudor (...)”.

# 17.6. Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado

**ABRAHAM CASTRO MORENO**

*Catedrático de Derecho Penal*

*Universidad Carlos III*

**MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ**

*Prof. Titular (i) Derecho Penal*

*Universidad Complutense de Madrid*

---

## *Administración desleal de patrimonio privado*

### I. TEXTO VIGENTE

Art. 295 CP

*Los administradores de hecho o de derecho o los socios, de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido».*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 252

*1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.*

*2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar.*

3. *Se impondrá la pena en su mitad superior si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro.*

4. *Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros.*

*Disposición Derogatoria Única.2*

*Se derogan los artículos... 295... de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Art. 252 bis CP*

1. *Quien teniendo capacidad de disponer sobre un patrimonio ajeno o del que un tercero resulte beneficiario, abusare de las mismas para fraudulentamente disponer de los bienes o contraer obligaciones en beneficio propio o ajeno, y con perjuicio para el titular o el beneficiario del patrimonio, será sancionado con las penas de prisión de seis meses a dos años, y con multa del tanto al duplo del beneficio pretendido u obtenido.*

2. *Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años y multa del tanto al triplo del beneficio pretendido u obtenido, cuando el perjuicio ocasionado exceda de 50.000 euros, o cuando el delito se cometa en el marco de una sociedad abierta a un número indeterminado de inversores, entidades de crédito, sociedad o agencia de valores, sociedad gestora de carteras, compañía de seguros o sociedad de pensiones o de inversión en perjuicio de los fondos patrimoniales administrados.*

3. *Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa del tanto del beneficio pretendido u obtenido, cuando el perjuicio ocasionado no exceda de 3.000 euros».*

*Art.295 CP*

*Derogación.*

### IV. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

1. *Ubicación sistemática.* Desde el punto de vista sistemático, parece más acertado incluir el nuevo delito genérico de administración desleal tras el clásico de apropiación indebida del artículo 252 CP (como artículo 252 bis CP), en vez de desplazar a éste al artículo siguiente, como

hace al Anteproyecto. De modo que se siga una secuencia de mayor a menor gravedad, que comienza con las conductas apropiatorias, siguiendo con conductas desleales no apropiatorias, y que culminaría con los tipos más leves de apropiación indebida impropia y otras conductas análogas.

Ello es coherente, además, con la propia sistemática actual del delito de malversación de caudales, donde el tipo apropiatorio (actual artículo 432 CP), antecede a los de administración desleal/ de uso (actuales artículos 433 y 434 CP).

La ubicación sistemática que propone el Anteproyecto, únicamente tendría sentido en el caso de considerar al nuevo delito genérico de administración desleal como el tipo básico de la posterior apropiación indebida. Conclusión que no es posible mantener en el texto del Anteproyecto, dada la mayor pena que normalmente tendrá el primer delito al concurrir el tipo agravado de ánimo de lucro (artículo 252.3 Anteproyecto).

2. *Sujetos activos. Fuente de las facultades.* La delimitación de los sujetos activos en función de sus facultades dispositivas nos parece acertada. Dentro de la misma, deben entenderse incluidos los supuestos de administración, tanto de derecho como hecho, ya que lo relevante a efectos típicos es poseer la facultad jurídica de representación, esto es, de disponer u obligar válidamente frente a terceros, lo que afecta al ámbito externo de las facultades de administración.

Respecto de la propuesta del Anteproyecto, resulta preferible, en cambio, prescindir de la enumeración de las fuentes de dichas facultades (ley, autoridad, negocio jurídico y relación de confianza), por entender que no aportan nada al ámbito típico, desde el punto en que, como se decía, lo relevante es poseer esas facultades jurídicas y abusar de ellas, con independencia del origen de la fuente. En cambio, su presencia puede producir conflictos concursales, especialmente, con los supuestos de malversación impropia del actual artículo 435.3º CP, que sanciona a los administradores que sustraen o aplican a usos ajenos los bienes cuya administración les ha sido confiada por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. Supuesto que, además, el Anteproyecto vuelve a tipificar en el artículo 440 Anteproyecto al extender el mismo a los administradores concursales (designados por autoridad) que se apro-

vechen de tal condición para forzar o facilitarse, directamente o por persona interpuesta, cualquier forma de participación en los contratos, asuntos, negocios o actividades en que deben intervenir en tal condición. De modo que la inclusión de la ley y la autoridad como fuentes de las facultades deslealmente ejercidas en el nuevo delito genérico de administración desleal, producirían problemas concursales de difícil solución con los referidos preceptos que, por lo demás, tienen muy diferentes penas que la administración desleal, al resultar más severas las del artículo 435.3º CP y, en cambio, bastante menos las del delito impropio de negociaciones prohibidas del artículo 440 Anteproyecto.

3. *Objeto material y sujetos pasivos.* Junto a las facultades de disposición sobre un patrimonio ajeno, el tipo debe reflejar también la posibilidad de que el patrimonio sea propio o que se trate de un patrimonio autónomo del que no existe dueño, pero esté afecto al cumplimiento de unos fines en beneficio de terceros que pueden resultar igualmente perjudicados por la administración desleal de dichos bienes.

El ejemplo claro de lo anterior es el *trust*, negocio jurídico privado de carácter fideicomisario, reconocido en numerosos países del mundo, y regulado en Europa por el Convenio de la Haya sobre la Ley aplicable al Trust y su Reconocimiento, de 1 de julio de 1985, caracterizado porque una persona (*settlor*, constituyente, otorgante) traspasa parte de su patrimonio a un tercero (*trustee*, administrador), para que lo administre en beneficio del propio constituyente o de un tercero (*beneficiary*, beneficiario). En los sistemas de *Common Law*, el *trustee* o administrador se constituye en titular de los bienes que forman parte de su patrimonio, mientras que en la variante europea (y de algunos otros países), el patrimonio traspasado por el *settlor* no pasa a ser propiedad del *trustee*, sino que se constituye como un patrimonio autónomo sin dueño, que no pertenece ni al *settlor*, ni al *trustee*, ni a los beneficiarios (a título de ejemplo, art. 2. a) HCCH, art. 1261 Códice Civil Québec; o el art. 227-2.1 del Código Civil de Cataluña, en su redacción dada por la Ley 25/2010, de 29 de julio).

Lo anterior es relevante porque «ajeno», conforme al Diccionario de la RAEL, es aquello *que pertenece a otra persona*, y no sólo lo que no es propio. Las *res nullius* no son propias y, sin embargo, tampoco son ajenas, porque no tienen dueño. Por eso, limitar el delito de administración

desleal a los actos que recaen sobre un patrimonio ajeno, supondría dejar fuera del tipo los supuestos del *trustee*, propietario —sistema anglosajón— o no —sistema continental— de ese patrimonio, que dispone fraudulentamente de dicho patrimonio en perjuicio de los beneficiarios del mismo.

Por lo demás, es preciso indicar que aunque el *trust* no está regulado en España, más allá del Código Civil catalán, es un negocio jurídico plenamente lícito y válido en España (STS, Sala 1ª, nº 338/2008, de 30 de abril; Resolución DGT nº 1016/2010, de 14 de mayo), y que por tanto no puede ser ignorado.

4. *Acción típica*. Entendemos preferible configurar la acción típica del delito sobre la base del verbo abusar (de las facultades), en vez de los verbos infringir y exceder que emplea el Anteproyecto, en tanto que el abuso se refiere al uso desviado, a la desviación de poder, evitando la discusión sobre si el mismo debe sobrepasar o no los límites del propio poder. En este sentido, nos parece preferible la redacción francesa del delito, que tipifica *l'abus des biens ou de pouvoirs*.

Por lo demás, el abuso de las facultades, se debe concretar mediante las conductas que ya tipifica actualmente el artículo 295 CP, a saber, la disposición fraudulenta y la contracción de obligaciones igualmente fraudulenta. A este respecto, el adverbio fraudulentamente debe anteponerse a ambos verbos, para dejar claro que califica a los dos, y evitar así las dudas que provoca la actual redacción del artículo 295 CP que pudiera dar a entender que el carácter fraudulento sólo se predica respecto de la conducta dispositiva, pero no de la modalidad de contracción de obligaciones.

La concreción así de la acción típica, evita los fantasmas del amplísimo tipo penal de infidelidad del artículo 252.2 Anteproyecto, cuya incompatibilidad con los cánones de taxatividad que exige el Derecho penal resulta evidente. Hay que recordar que el Código Penal alemán, del que el Anteproyecto ha copiado las dos modalidades básicas de administración desleal, desde 1871 a 1933, fecha en que se reformó el § 266 StGB (*Untreue*) para introducir el supuesto de infidelidad del artículo 252.2 Anteproyecto, únicamente conoció la primera modalidad de abuso de poderes que equivale al artículo 252.1 Anteproyecto. Y que fue Hitler quien, tras llegar al poder el 30 de enero de 1933, encarga

una modificación del Código Penal que entró en vigor por Ley de 26 de mayo de 1933, en la que introduce la amplísima e inconcreta segunda modalidad para poder ser aplicada a los judíos y otros enemigos del Régimen que estaban al frente de importantes empresas.

Así las cosas, causa, cuanto menos, perplejidad, que el legislador español se haya limitado a copiar y traer a España esta segunda modalidad desconociendo el origen histórico de la misma, y la crítica prácticamente unánime de la doctrina alemana (JESCHECK, WESSELS, HAFT, KREY...) sobre la inconcreción de la conducta en él sancionada. De ahí que esta segunda modalidad que contempla el artículo 252.2 Anteproyecto deba, sin más, suprimirse de plano.

5. *Perjuicio y tipo atenuado*. Al igual que el actual artículo 295 CP, el nuevo delito genérico de administración desleal debe estar configurado como un delito de resultado lesivo, por lo que debe expresarse que la conducta típica ha de realizarse *con perjuicio* para el titular o el beneficiario del patrimonio administrado.

Si bien, para aquellos supuestos en los que la conducta no revista especial gravedad, en atención al importe de perjuicio ocasionado, se puede establecer un tipo atenuado como el propuesto arriba. Siendo partidarios, a este respecto, de establecer una cifra concreta, al estilo de lo que actualmente sucede con el tipo atenuado de malversación de caudales (artículo 432.3 CP), que podemos fijar en 3.000 euros. Para fijar esa cantidad, hay que tener presente que en la administración desleal, estamos sancionando conductas desleales que no son apropiatorias, de modo que la menor gravedad de la conducta respecto de aquéllas, debe reflejarse en un aumento del límite de los 1.000 euros que normalmente establece el Anteproyecto para otros delitos patrimoniales que suponen la apropiación de los bienes por parte del autor.

6. *Elemento subjetivo específico*. El Anteproyecto no requiere para la comisión del tipo básico la concurrencia de ánimo de lucro, cuya presencia es elevada a la categoría de elemento específico agravatorio. Ello desconoce que lo absolutamente normal en la práctica es que el administrador actúe deslealmente para favorecer, precisamente, a sí mismo o a terceros, de modo que el tipo agravado de ánimo de lucro que contempla el artículo 252.3 Anteproyecto se aplicará en la práctica totalidad de los casos, puniendo conductas desleales no apropiatorias con penas

superiores a las de la apropiación indebida, lo que carece de cualquier justificación.

Por ello mismo, el ánimo de lucro, entendido como la actuación en beneficio propio o de un tercero, debe necesariamente incorporarse a la tipicidad de la modalidad básica, para alejar el delito de administración desleal del delito de daños realizados con abuso de confianza, sancionados actualmente con pena de multa.

7. *Penalidad y tipos agravados.* Al sancionar el delito de administración desleal conductas fraudulentas no apropiatorias, la sanción debe resultar inferior a la que tienen las defraudaciones patrimoniales clásicas como la estafa o la apropiación indebida, en los que el autor incorpora a su propio patrimonio al de un tercero, el objeto material del delito, con expropiación del mismo para los sujetos pasivos.

Ello no sucede en la administración desleal, donde el perjuicio para el sujeto pasivo no deriva de la expropiación de la cosa, sino del uso ilícito que sobre ella realiza el administrador, al gravarla, prestarla, ponerla en garantía... en su propio provecho o de un tercero y causando un perjuicio al titular del patrimonio del que nadie se ha apropiado. Se trata por tanto, de conductas menos graves, que justifican su menor penalidad (STS nº 867/2002, de 29 de julio).

Por ello entendemos desproporcionada la remisión que el artículo 252.1 Anteproyecto hace a las penas de los artículos 249 y 250 (estafa y apropiación indebida); cuando, además, estas defraudaciones clásicas ya sancionan el ánimo de lucro del autor, mientras que el artículo 252.3 Anteproyecto pretende imponer dichas penas en su mitad superior cuando concurra tal ánimo. De modo que, de ordinario, la administración desleal del Anteproyecto tendrá siempre más pena que las conductas más graves de estafa o de apropiación indebida, pudiendo alcanzar hasta los ocho años de prisión.

Algo anómalo hay cuando conductas que hasta ahora no son punibles, se pretenden incriminar, re repente, con hasta ocho años de prisión. Un salto tan grande es muy difícil de justificar desde la óptica de la proporcionalidad. Por eso se propone una pena de prisión de seis meses a dos años (más que el hurto, pero menos que la estafa y la apropiación indebida) y multa proporcional al beneficio pretendido (especialmente,

para los casos de tentativa) u obtenido, que resulta idónea al incorporarse el ánimo de lucro en el tipo básico.

Y, para los supuestos agravados, una pena de seis meses a tres años —ahora sí— equivalente a la de los tipos básicos de estafa o apropiación indebida, para los casos en que el perjuicio ocasionado supere los 50.000 euros o, cuando el delito se cometa en el marco de una sociedad abierta a un número indeterminado de inversores, entidades de crédito, sociedad o agencia de valores, sociedad gestora de carteras, compañía de seguros o sociedad de pensiones o de inversión en perjuicio de los fondos patrimoniales administrados (propuesta que asumimos del profesor NIETO MARTÍN), en atención al papel que cumplen este tipo de entidades en el tráfico económico y al mayor potencial lesivo que para una generalidad de personas puede encerrar su administración desleal.

### *Apropiación indebida*

## I. TEXTO VIGENTE

#### *Art. 252 CP*

*Serán castigados con las penas de los artículos 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en caso de depósito necesario o miserable.*

#### *Art. 253 CP*

*Serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de 400 euros. Si se tratara de cosas de valor histórico, artístico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años.*

#### *Art. 254 CP*

*Será castigado con la pena de multa de tres a seis meses el que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de 400 euros.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### Art. 253

1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de una cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes apropiados fuera superior a 1.000 euros.

### Art. 254

1. Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años.

2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes apropiados fuera superior a 1.000 euros.

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

### Art. 252 CP

Serán castigados con las penas de los artículos 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren, para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en caso de depósito necesario o miserable.

### Art. 253 CP

Serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o que creen perdida, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de 400 euros. Si se tra-

*tara de cosas de valor histórico, artístico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años.*

*Art. 254 CP*

*Mantenimiento del tipo actual.*

## IV. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

1. *Ubicación sistemática.* Como se indicó al tratar el nuevo delito genérico de administración desleal, la mayor gravedad de las conductas apropiatorias respecto de otras conductas desleales no apropiatorias, justifica que, desde el punto de vista sistemático, el delito de apropiación indebida se mantenga en el actual artículo 252 CP, pasando al nuevo delito de administración desleal a integrar un nuevo artículo 252 bis, de modo que la secuencia de los tipos penales vaya de mayor a menor gravedad, para terminar con las apropiaciones indebidas impropias menos graves de los actuales artículos 253 y 254 CP.

2. *Conducta típica.* La única modificación que se propone respecto del actual artículo 252 CP, es la referida al verbo típico, de modo que se suprime el actual verbo «distraer» como propone el Anteproyecto, dejando como único verbo rector el de «apropiarse», pero especificando seguidamente que esa apropiación puede ser en beneficio propio (apropiarse, en sentido estricto) o de un tercero (equivalente al verbo distraer cuya supresión se propone).

En el sentido indicado, nos parece acertada la supresión del verbo distraer, acompañada de la inclusión de los potenciales beneficiarios de la apropiación, aunque por razones diferentes de las que han inspirado el Anteproyecto.

En efecto, la idea del Anteproyecto es la de suprimir el verbo distraer porque considera que el mismo contiene una modalidad no apropiatoria de gestión desleal, que ya tendría cabida en el nuevo delito genérico de administración desleal que incorpora el artículo 252 Anteproyecto. Dicho razonamiento, en nuestra opinión, parte del error de considerar que la distracción del actual artículo 252 CP sanciona conductas no apropiatorias, partiendo de una incorrecta línea jurisprudencial que, por lo demás, ni siquiera es mayoritaria; esto es, se parte que el delito de

apropiación indebida sanciona apropiaciones indebidas no apropiatorias, lo que a nuestro juicio es un absoluto sinsentido. Muy al contrario, las únicas conductas desleales no apropiatorias que sanciona el actual Código Penal son las societarias (artículo 295 CP), y las que recaen sobre vehículos a motor que pueden ser utilizados abusivamente por quien los tiene lícitamente en su poder (artículo 244 CP), además de algunos casos muy concretos que contempla el artículo 440 CP.

A nuestro juicio, la eliminación del verbo sustraer se justifica porque su presencia ha conducido en los últimos años a confusión, en torno —precisamente— a las dudas que ha generado sobre si la misma incluía, o no, supuestos no apropiatorios en los que el tenedor del bien no dispone de la cosa expropiando de la misma a su titular. Por eso es preferible eliminar un término confuso, y aclarar el sentido que tradicionalmente se la había venido dando, indicando que se refiere a conductas apropiatorias-expropiatorias a favor de terceros.

3. *Título posesorio*. El delito de apropiación indebida debe mantener como título posesorio el de administración de los bienes, que tampoco debe ser remitido al nuevo delito genérico de administración desleal. El administrador que, abusando de sus facultades, se queda (apropia) para sí o para un tercero de los bienes que administra, ya sean fungibles como el dinero, o no, siempre ha cometido una apropiación indebida. Aquí, en España, y prácticamente en cualquier país del mundo civilizado. Para incriminar estas conductas, en absoluto es necesario ningún nuevo delito de administración desleal.

Por tanto, no tiene ningún sentido que el Anteproyecto excluya la administración de entre la relación de títulos en el delito de apropiación indebida. Exclusión que, además, ni siquiera es real, si se repara en que la redacción del Anteproyecto, al igual que en la vigente, los títulos mencionados («*depósito, comisión o custodia*», y «*depósito, comisión o administración*», respectivamente), no son más que ejemplos del más amplio título «*o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos*» (actual artículo 252 CP) o «*que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos*» (artículo 253 Anteproyecto). Cuando a un administrador de una comunidad de vecinos se le entregan unos fondos para que contrate determinados servicios y los abone, los ha recibido por un título que produce la

obligación de entregarlos (a los terceros cuyos servicios contrata) o, lo que es lo mismo, con la obligación de hacer un uso determinado de ellos y de rendir cuentas de su empleo.

4. *Objeto material.* De igual modo, el delito de apropiación indebida debe mantener la actual mención al objeto material, sin excluir, como pretende el Anteproyecto, a los activos patrimoniales, que fueron incluidos por el Código Penal de 1995, y que no estaban en el anterior artículo 535 CP derogado.

Los delitos patrimoniales clásicos, como el de apropiación indebida, deben ser interpretados a la luz de los tiempos actuales, superando interpretaciones históricas desfasadas como la que pretende que la apropiación indebida debe recaer sobre objetos físicamente aprehensibles y trasladables; es decir, sobre bienes muebles exclusivamente. No hay ninguna razón para que el administrador de un patrimonio en el que hay bienes inmuebles, o de una sociedad que entre sus activos patrimoniales se cuentan los bienes inmuebles, decide regalarlos a su hija como regalo de boda, aprovechando que tiene poderes notariales para realizar cualquier acto de enajenación, disposición, gravamen... de dichos bienes, no sea sancionado por apropiación indebida. Y, sin embargo, sí deba serlo, cuando se queda o regala un ordenador, dinero u otro bien mueble.

Cuando alguien tiene un bien en depósito, administración... y se lo queda (para sí o para un tercero), comete apropiación indebida, porque ha sacado la cosa del patrimonio del titular (expropiado) y lo ha ingresado en el propio o ajeno (apropiado). Y da enteramente igual, que se trate de bienes muebles que de inmuebles.

Esta interpretación la permite la actual redacción del artículo 252 CP, al incluir en el objeto material del delito de apropiación indebida, tras los bienes muebles, a los activos patrimoniales, de modo que la limitación del objeto a los bienes muebles que establece el Anteproyecto, excluiría del ámbito del delito de apropiación indebida la apropiación de bienes inmuebles. Siendo, posiblemente la intención del Anteproyecto, el que estas conductas pasen al nuevo delito genérico de administración desleal. Lo que, a nuestro juicio, no tiene sentido, porque supone sancionar conductas apropiatorias (si fueran muebles irían por apropiación indebida) a través de un delito que sanciona conductas fraudulentas y perjudiciales pero que no son apropiatorias. Desde el momento en que

se admita que una misma conducta tiene cabida en ambos delitos a la vez, siendo únicamente el elemento diferenciador la naturaleza inmueble del objeto material, estamos imposibilitando la distinción entre ambos delitos cuando el objeto material sea mueble (que indiscutiblemente cabe en ambos).

Queremos expresar, en suma, que no tiene sentido hacer un Anteproyecto para continuar con las dudas sobre la distinción entre ambas figuras que a nuestro juicio mantiene, cuando no incrementa, el Anteproyecto comentado. La propuesta alternativa que hacemos, con las explicaciones dadas, creemos que sí permite esa tajante diferenciación entre ambas infracciones.

5. *Apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido.* La nueva redacción que el artículo 254 Anteproyecto propone, entendemos que para sustituir a los actuales delitos de apropiación indebida impropia de los artículos 253 y 254 CP, carece a nuestro juicio de sentido, y adolece de una grave falta de taxatividad, que puede provocar serios problemas concursales.

La conducta del referido precepto se limita a sancionar con pena de multa a quien se apropie de una cosa mueble ajena *«fuera de los supuestos del artículo anterior»*. Leyendo el precepto, es difícil excluir del mismo las conductas de hurto, por ejemplo. Semejante nivel de abstracción no permite determinar con la seguridad que requiere el Derecho penal, qué conductas están siendo sancionadas.

En atención a la pena de multa que presenta el delito, similar a la de los artículos 253 y 254 CP, parece que el Anteproyecto ha querido recoger bajo tan amplia expresión las conductas actualmente sancionadas en estos artículos, relativas a la apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido, y a la apropiación de cosa transmitida/recibida por error. Pero, si lo que el Anteproyecto pretende es sancionar estas conductas, es preferible que las mencione expresamente como hacen los actuales artículos 253 y 254 CP, delimitando las conductas prohibidas y contribuyendo a una deseable taxatividad.

Por eso, en la propuesta alternativa que formulamos, entendemos preferible el mantenimiento de los actuales artículos 253 y 254 CP. Si bien, aprovechamos en el primero de ellos para aclarar que la apropiación de

cosa de dueño desconocido es una apropiación de cosa que se cree perdida, tal y como se viene interpretando esta conducta por la doctrina y jurisprudencia. De modo que se evitan dudas sobre si reprende simples hurtos en los que se desconoce la identidad del dueño, lo que obviamente no es el caso, ya que tales supuestos son sancionados por la vía del hurto, y no por la vía de la apropiación de cosa de dueño desconocido. Por ello hemos propuesto que se configure la conducta sancionando a quienes se apropiaren «*de cosa perdida o que creen perdida*».

### *Administración desleal de patrimonio público (malversación)*

## I. TEXTO VIGENTE

#### Art. 432

1. *La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.*

2. *Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.*

3. *Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años.*

#### Art. 433

*La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.*

*Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.*

#### Art. 433 bis

1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior.

3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

#### Art. 434

La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

#### Art. 435

Las disposiciones de este Capítulo son extensivas:

1. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.

2. A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

3. A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.»

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

#### Art. 432

1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 de este Código sobre el patrimonio público administrado, será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años.

2. Si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro propio o ajeno se impondrá una pena de dos a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

3. Se impondrán las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años, en el caso del número 1, y de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años en el caso del número 2, si en los hechos hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) Se hubiera causado un perjuicio de especial gravedad, atendido el daño o entorpecimiento causado al servicio público.

b) Concurriese la circunstancia del ordinal 6º del número 1 del artículo 250 de este Código.

4. Cuando el perjuicio causado resulte de escasa gravedad y no haya causado una alteración relevante al servicio público, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de seis meses a tres años.»

#### Art. 433

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos previstos en el artículo anterior, y con perjuicio para la causa o servicio público, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis meses.»

#### Art. 434

Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.»

#### Art. 435

4. A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se altera el orden de pagos de los créditos establecido en la ley.»

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

#### Art. 432

1. *La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.*

2. *Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.*

3. *Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años.*

#### Art. 433

*La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252.bis.1 de este Código sobre el patrimonio público administrado, será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años.»*

*Art. 252 bis CP: «1. Quien teniendo capacidad de disponer sobre un patrimonio ajeno o del que un tercero resulte beneficiario, abusare de las mismas para fraudulentamente disponer de los bienes o contraer obligaciones en beneficio propio o ajeno, y con perjuicio para el titular o el beneficiario del patrimonio, será sancionado con las penas de prisión de seis meses a dos años, y con multa del tanto al duplo del beneficio pretendido u obtenido.*

#### Art. 433 bis

*Supresión del texto vigente.*

#### Art. 434 CP

*Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.»*

#### Art. 435.4

*Supresión del texto propuesto en el Anteproyecto.*

#### IV. MOTIVACIÓN

1. *Malversación apropiatoria*. Debe mantenerse un tipo similar al actual artículo 432 CP, que sancione la malversación apropiatoria o definitiva realizada por el funcionario o autoridad que tiene los bienes públicos a su cargo por razón de sus funciones. Únicamente cabría sustituir el actual verbo típico (sustrajere), por el más adecuado (se apropiare), ya que al tener los bienes a su cargo el autor no tiene necesidad de sustraerlos, que expresa la idea de sacarlos o tomarlos.

A este respecto, no es admisible la supresión, sin más, que contiene el Anteproyecto, de este tipo de malversación apropiatoria, y su sustitución por un delito de administración desleal que, a diferencia de la apropiación indebida, no sanciona conductas apropiatorias, sino de disposición fraudulenta de los bienes en la que el perjuicio causado no deriva de la expropiación de la cosa al titular, ni el beneficio se produce a consecuencia de la incorporación de la cosa poseída al propio o ajeno patrimonio, sino de su utilización desleal en interés propio o ajeno, pero sin apropiación/expropiación del bien.

2. *Administración desleal de patrimonio público*. En realidad, la actual regulación del delito de malversación ya contiene una modalidad de administración desleal de patrimonio público, en el artículo 433 CP vigente. Como es sabido, dicho precepto sanciona a quien, sin apropiarse de los bienes (pues en tal caso incurriría en la actual malversación definitiva del artículo anterior), le da una aplicación privada (ajena a la función pública a la que está destinada).

Por eso mismo, la inclusión (por remisión a la administración desleal genérica) del delito de administración desleal de patrimonio público, debe hacerse precisamente aquí, en sustitución del actual artículo 433 CP, y no en sustitución del actual artículo 432 CP como pretende el Anteproyecto.

Pero, además, el artículo 433 Anteproyecto encierra un sinsentido en cuanto, al aplicarse únicamente «fuera de los casos del artículo anterior» del Anteproyecto, que se remite al artículo 252 (números 1 y 2) del Anteproyecto, resultaría imposible de aplicar. Ya que todos los casos del artículo 433 Anteproyecto tienen cabida en el amplísimo tipo del

artículo 252.2 Anteproyecto, que se limita a sancionar a quien infringe un deber sobre un patrimonio ajeno (ahora público).

Por todo ello, a nuestro juicio, el Anteproyecto incurre en un error evidente, de incluir el nuevo delito de administración desleal de patrimonio público en sustitución del actual artículo 432 CP, en vez de hacerlo en sustitución del actual artículo 433 CP, de modo que elimina la malversación definitiva, y deja dos delitos de administración desleal de patrimonio público, el segundo de los cuales, además, resulta inaplicable, como se ha expuesto.

Por lo demás, la pena de este delito de administración desleal de patrimonio público del artículo 433 propuesta alternativa debe comenzar en los seis meses de prisión, para evitar que los supuestos de escasa cuantía inferiores a 4.000 euros tengan un mínimo de pena superior al tipo atenuado de malversación definitiva actual, que se mantiene en la presente propuesta.

3. *Tipo atenuado de malversación.* Entendemos acertada la inclusión del nuevo tipo atenuado de malversación, por reparación del perjuicio o colaboración con la Justicia, en tanto favorece la recuperación del patrimonio público, respondiendo a un criterio de prevención general y especial positiva. Ello, en coherencia con la misma línea que sucede con otros atentados contra el Erario público, como es el caso de la regularización tributaria, o el nuevo delito atenuado por pago al inicio del procedimiento penal por delito fiscal.

4. *Administradores concursales.* Carece de sentido la inclusión de los administradores concursales dentro de la malversación impropia del nuevo nº 4 que se pretende incluir en el artículo 435 Anteproyecto, ya que estos tienen perfecta cabida en el número 3 de dicho precepto actualmente vigente, que sanciona a los administradores o depositarios de bienes secuestrados por autoridad pública.

Nadie duda de que los jueces sean autoridad pública, y que cuando estos designan en un procedimiento concursal o de otro tipo, a un administrador o a un depositario judicial sobre bienes relativos al procedimiento, se debe aplicar el artículo 435.3º CP. Conforme establece el Código Civil (artículo 1785), el depósito judicial o secuestro, tiene lugar cuando se decreta el embargo o cualquier medida de aseguramiento de

los bienes, y en la medida en que la designación judicial del administrador concursal es una medida de aseguramiento de los bienes, es un caso específico de depósito judicial y, por tanto, cae de lleno en el ámbito del artículo 435.3º CP. Lo que hace innecesaria su inclusión en un nuevo apartado 4º del artículo 435 Anteproyecto.

5. *Falsedades contables en el ámbito público.* El nuevo delito de falsedades contables en el ámbito público que ha establecido el muy reciente artículo 433 bis CP, debe ser suprimido, por su falta de sentido.

Como se observa en su redacción, se trata de una réplica del delito societario de falsedades sociales que establece el artículo 290 CP, pero referido al ámbito público. Sin embargo, el sentido del artículo 290 CP está en que está sancionando conductas de falsedades mercantiles ideológicas que no tienen cabida en el artículo 392 CP, ya que éste sólo se aplica respecto de las tres primeras modalidades del artículo 390.1 CP, pero no respecto de la cuarta (faltar a la verdad). De modo que, al igual que sucede con los otros dos delitos contables que recogen los artículos 310 CP (contable tributario), y 261 CP (contable concursal), el artículo 290 CP (contable societario) vino a introducir una excepción a la regla general de la atipicidad de las falsedades ideológicas cometidas por particulares.

Dicho más claramente: las falsedades ideológicas cometidas por particulares son atípicas por expreso deseo del artículo 392 CP, salvo excepciones puntuales que recogen, entre otros, el artículo 290 CP.

Sin embargo, en el caso de las falsedades ideológicas cometidas por funcionarios y autoridades, éstas sí son sancionables por la vía del artículo 390.1 CP, e incluso a título de imprudencia (artículo 391 CP). Por eso no tiene sentido establecer una excepción a una regla general que no existe en el ámbito público.

Del mismo modo, el artículo 433 bis.2 CP sanciona la entrega de información mendaz sobre la situación económica de la entidad pública, estableciendo nuevamente un pretendido paralelismo con los delitos que existen en el ámbito privado en los artículos 282 bis y 284.2 CP. Con ello, se olvida que estos delitos tienen una finalidad distinta relativa al mercado, a la protección de los consumidores y de la competencia. Intereses que no «cuadran» en un tipo de naturaleza pública como éste

(al respecto GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: «¿Qué queda de la reforma penal en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno? Reflexiones sobre el texto del nuevo artículo 433 bis», en *La Ley*, 2013, nº 8020, 11 de febrero, pp. 1-7).

## BIBLIOGRAFÍA

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. «¿Qué queda de la reforma penal en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno? Reflexiones sobre el texto del nuevo artículo 433 bis», en *La Ley*, 2013, nº 8020, 11 de febrero.

# 17.7. Administración desleal

ADÁN NIETO MARTÍN

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Castilla-La Mancha

---

## I. TEXTO ANTERIOR

*Ninguno.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Capítulo VII del Título XIII del Libro II*

*Sección 1 bis*

*1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.*

*2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar.*

*3. Se impondrá la pena en su mitad superior si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

1. Comete un delito de administración desleal quien teniendo encomendada la administración de un patrimonio ajeno (1.1) o la gestión de asuntos patrimoniales de un tercero, mediante la celebración de negocios jurídicos en su nombre (1.2), en beneficio propio o de un tercero (2), ocasione un perjuicio patrimonial (3), a través de alguno de los siguientes comportamientos (4):

1º Excediéndose en el ejercicio de las facultades de disponer u obligar que por ley, mandato de la autoridad o contrato tiene sobre el patrimonio que administra o gestiona.

2º Desaproveche una posibilidad cierta de incrementar el patrimonio administrado o gestionado.

3º Apropiándose o utilizando indebidamente los bienes del patrimonio que administra o, en el caso de que se trate de la administración de una sociedad, los empleados que prestan su servicio.

4º No evitando una lesión al patrimonio administrado.

2. Los reos de administración desleal serán castigados con la pena de prisión de un año a tres años. Para la fijación de la pena se atenderá la cuantía de lo defraudado y el quebranto económico ocasionado a los perjudicados, los medios empleados y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si en atención a estas circunstancias, el hecho fuera de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de tres a 12 meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la cantidad defraudada fuera superior a 6.000 euros.

3. El delito de administración desleal será castigado con la pena de prisión de dos años a seis años y multa de seis a dieciocho meses:

1º Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

2º Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros o afecte a un elevado número de personas.

3º Cuando la conducta típica sea realizada en el marco de una sociedad abierta a un número indeterminado de inversores, entidades de crédito, sociedad o agencia de valores, sociedad gestora de carteras, compañía de seguros o sociedad de pensiones o de inversión en perjuicio de los fondos patrimoniales administrados.

4º. Se impondrán penas de prisión de 4 a 8 años y multa de 12 a 24 meses cuando el perjuicio económico sea superior a 250.000 € o concurren la circunstancia 3ª con la número 1º o la número 2º.

4. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 3 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa del triple al quintuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g del apartado 7 del art. 33.

#### IV. MOTIVACIÓN DE LA PROPUESTA

1. La creación de un delito de administración desleal genérico y la derogación del actual art. 295 del Código penal, tal como propone el Anteproyecto, representa una indudable mejora sobre la situación actual. El castigo de este tipo de comportamientos representa al día de hoy uno de los aspectos más complejos y oscuros de la PE, que conlleva un notable grado de inseguridad jurídica. Ello se debe fundamentalmente a que ni la jurisprudencia ni la doctrina han sido capaces de resolver satisfactoriamente las relaciones entre el art. 252 y 295 del Código penal, que contiene una duplicidad innecesaria y perturbadora de delitos de administración desleal. Pese a esta duplicidad, sin embargo, existen conductas de administración desleal que resultan impunes y que revisten un grado de merecimiento y necesidad de pena más que suficientes. El tipo propuesto en el Anteproyecto colmaría estas lagunas.

2. Cómo es conocido el origen del problema de la “duplicidad” de delitos sancionadores se encuentra en que el TS “descubre”, tras más de un siglo y medio de vigencia, que el art. 252 del Código penal contiene dos figuras delictivas distintas: el delito de apropiación indebida y el de administración desleal. El delito de administración desleal incardinado en el art. 252 ha experimentado además un notable proceso expansivo. De aplicarse a casos muy específicos de gestión desleal de sumas de dinero, en el que éste se había entregado con un fin muy determinado, pasa a convertirse en un delito de administración desleal genérico, con

el resultado de que termina por abarcar la totalidad de los casos subsumibles en el art. 295.

3. Parte fundamental del problema se encuentra en la irracionalidad de las penas que se contemplan en ambos preceptos. Hasta la reforma de 2003 los tipos básicos tenían penas similares, sin embargo la apropiación indebida-administración desleal (art. 252) podía ser sancionada de manera más grave en los casos en que entraba en juego la agravación de “especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación” art. 250.6 CP (en su redacción anterior a la LO 5/2010), es decir, y teniendo en cuenta la tipología de esta conducta, en un gran parte de los casos. A partir de 2003, en el que se rebaja la pena del tipo básico de estafa y por tanto de la apropiación indebida, la relación de penas es aún más demencial. El art. 295 tienen una pena más grave que la del 252 en su tipo básico, pero una vez que entren en escena los tipos agravados del art. 250, las sanciones más graves son las del art. 252. Tras la LO 5/2010 un perjuicio superior a 50.000€ (250. 6) conlleva unas penas substancialmente más elevadas que las del art. 295.

4. El Anteproyecto parte de una posición técnicamente correcta: administración desleal y apropiación indebida son dos figuras delictivas absolutamente diferentes. La administración desleal consiste en causar un perjuicio patrimonial infringiendo un deber de salvaguarda patrimonial, que surge de la especial relación que tiene el autor con un patrimonio ajeno. Esta relación nace de la capacidad del autor para disponer del patrimonio ajeno de manera jurídicamente relevante.

La apropiación indebida tiene, en cambio, como presupuesto que el autor ha recibido una cosa mueble con la obligación de devolverla o darle un destino determinado, o mejor, muy preciso. Su conducta consiste en que le da un uso incompatible con esta obligación. El autor del delito de apropiación indebida no tiene un poder comparable sobre el patrimonio ajeno al del autor del delito de administración desleal y, por supuesto, no tiene un deber de salvaguarda patrimonial, por mucho que el bien le haya sido entregado dentro de una relación de confianza de origen fáctico (por ejemplo, amistad). Tiene en su poder un concreto elemento o varios de un patrimonio ajeno, pero no tiene capacidad para disponer de estos activos de una forma jurídicamente válida.

5. Entre la apropiación indebida y la administración desleal existe, ciertamente, una zona limítrofe o una “tierra de nadie”: la que representa la entrega de una suma de dinero a un tercero. El delito de apropiación indebida en nuestro país tuvo siempre como finalidad sancionar a quien recibía el dinero con un fin muy determinado (entregarlo a otra persona, ingresarlo en una cuenta corriente, comprar un determinado bien, guardarlo durante unos días) y disponía de él de manera incompatible con la obligación de darle esa finalidad. Aunque desde el punto de vista civil el que recibe el dinero se convierte en su propietario y por tanto no cabe hablar en puridad de apropiación indebida, nuestro legislador decidió incluir este supuesto en el art. 252. Pero sólo en aquellos casos, y esto es esencial, en que el autor tenía una cantidad de dinero a la que debía darle un fin muy específico que no le otorgaba ningún margen de discrecionalidad a la hora de decidir que debía hacer con esa cantidad de dinero. Con un ejemplo: (1) si A entrega 6.000 € a B para que compre al día siguiente acciones de la empresa X y B decide pagar con ello una deuda incumpliendo su obligación existe un delito de apropiación indebida. En cambio no existe apropiación indebida si A entrega 6.000 a B para que los invierta en bolsa, de la manera que estime conveniente, y A decide comprar acciones de una empresa en la que tiene intereses, que no es nada rentable. En este caso existe un delito de administración desleal (2). A tiene un poder de disposición sobre un activo de B, en el que para su ejercicio goza de una relativamente amplia facultad de apreciación. La evolución jurisprudencial del delito de apropiación indebida a partir de mediados de los años noventa, con el descubrimiento del delito de administración desleal en el art. 252, consistió en sancionar casos de administración desleal como el (2).

El que la apropiación indebida sancione supuestos de apropiación de sumas de dinero como los descritos en (1), en los que el dinero se entrega con un fin muy específico, resulta acertado por dos razones. Primera porque desde un punto de vista valorativo, es decir, del merecimiento de pena, estos comportamientos están más cercanos a la apropiación indebida que a la administración desleal, ya que el autor recibe el bien, en este caso dinero, de manera similar a quien recibe prestado otro activo patrimonial (p. ej. un automóvil) con el fin de utilizarlo y devolverlo al día siguiente. Segundo, porque permiten construir un delito de admi-

nistración desleal mucho más taxativo. En el derecho alemán, que el Anteproyecto toma como modelo, una de las causas principales de la falta de determinación de la administración desleal es precisamente que debe sancionar este grupo de casos.

6. El Anteproyecto de Código penal en la nueva redacción que otorga al delito de apropiación indebida en el art. 253 adopta por ello a mi juicio una decisión equivocada, suprime la apropiaciones indebidas de dinero. Entiendo que esta es la voluntad de la ley al eliminar la referencia al “dinero” y el verbo típico “distraer”. Tal como pone de manifiesto la experiencia alemana resulta conveniente que la apropiación indebida pueda seguir castigando a:

a. A quien recibe dinero de un tercero con la obligación de que le dé un destino determinado (lo ingrese en una cuenta corriente o se lo entregue a un tercero), es decir, sin estar autorizado a realizar un negocio jurídico en nombre del tercero con esa cantidad.

b. A quien recibe dinero de un tercero para que realice un negocio jurídico en su nombre pero de carácter muy específico (A entrega a B 20.000 € para que compre el solar X).

La última jurisprudencia del TS sobre el delito de apropiación indebida en su modalidad de administración desleal se había de algún modo acercado a esta concepción en una vuelta a sus orígenes. Valga como ejemplo la STS de 11 de julio de 2005:

“En cualquier caso, en la configuración de la conducta típica resulta trascendente que quien recibe dinero u otra cosa fungible en depósito, comisión administración o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, aunque adquiriera la propiedad, no lo hace de una forma incondicionada, sino limitada...O, dicho de otra forma, *contiene la precisión de un destino concreto para el dinero recibido.*”

7. En cambio me parece un acierto que el Anteproyecto suprima de los títulos de la apropiación indebida el término administración, pues su sitio es, obviamente, el delito de administración desleal. Basta con la mención al “dinero” y al verbo “distraer” para permitir que estos supuestos sigan siendo sancionados por el delito de apropiación indebida.

La inclusión del término “administración” entre los títulos que actualmente dan lugar al delito de apropiación indebida merece no obs-

tante una reflexión ulterior. La administración a diferencia del resto de títulos si confería al autor del delito de apropiación indebida la capacidad de disponer de los fondos entregados de una forma jurídicamente válida. Sin embargo, como algún sector doctrinal minoritario se ha encargado de señalar, en las apropiaciones indebidas realizadas por administradores los elementos del tipo estaban sometidos a una mutación importante. En el sentido de que sólo bajo una ficción podía decirse que existía el primer elemento del delito de apropiación indebida: la transacción física del bien por parte de su propietario a la esfera de dominio del administrador. Igualmente, en el caso de apropiaciones de dinero, este no se transmitía para un fin concreto, en el sentido que antes indicábamos, sino para, genéricamente, el cumplimiento del fin social.

Ahora bien, sí que existían comportamientos de administradores sobre los bienes que administraban que eran muy similares estructuralmente a los casos del delito de apropiación indebida. Aquellos en los que fácticamente, sin necesidad de utilizar su poder de disposición patrimonial, se apoderaba de estos bienes. Es decir, simplemente y cuando por la vía de los hechos se apoderaba del dinero que existía en la caja fuerte de la sociedad o en su cuenta. Estos casos son los que originariamente daban lugar al delito de apropiación indebida. Esta imagen precisa y concreta del delito sólo se rompe, en tiempos remotos, una vez, con la conocida sentencia de 23 de junio de 1973.

Si nos fijamos además en los hechos de la sentencia el supuesto era muy cercano a los casos estrictos de apropiación indebida a los que me estoy refiriendo. El administrador único de un banco había tomado dinero de la caja fuerte con el fin de atender a sus gastos personales. Tras ello, y ahora sí utilizando sus poderes de disposición, dejaba en el lugar de los hechos vales en hojas de papel común, que después sustituyó por letras de cambio, giradas a su nombre y a sociedades que le pertenecían (1). En la sentencia aparecen, no obstante, otros dos hechos que ya pertenecen sin duda al ámbito de la administración desleal [vgr. el procesado solicitó al banco un crédito personal a su nombre, ofreciendo como garantía los fondos del banco, que finalmente se pierden (2)].

Como inmediatamente vamos a ver los casos tipo (2) pertenecen al denominado tipo de abuso de la administración desleal, mientras que los casos tipo (1) son prototípicos del denominado tipo de infidelidad.

Que de este modo contiene, como muestra su aplicación práctica por la jurisprudencia alemana, los casos de apropiación realizados por los administradores, de manera fáctica, sin necesidad de utilizar sus poderes de disposición. En la propuesta que realizo estos supuestos se encuentra en el 242.1.3, donde se castiga la apropiándose o los usos temporales —utilizando indebidamente— de los bienes que administra.

Estos comportamientos deben ser sancionados como administración desleal y no como apropiación indebida porque el administrador infringe su deber de salvaguarda patrimonial. Y ello pese a que actúa de manera “fáctica”, sin utilizar para enriquecerse sus especiales poderes de disposición sobre el patrimonio ajeno. Los autores del delito de apropiación indebida, aunque actúan, igual no violan ningún deber de salvaguarda. Hacen algo menos grave: incumplen con una concreta obligación, la de devolver el bien o darle un destino determinado. Como después se indicará la administración desleal debe castigarse más severamente que la apropiación indebida, y que la estafa, para dar respuesta correctamente a su contenido de injusto.

8. Debe reconocerse que tipificar la administración desleal no es tarea sencilla, como prueba el que en Alemania pese a las unánimes críticas que recibe el § 266, el legislador no se haya atrevido hasta la fecha a reformar un tipo penal que proviene de 1933 y que fue saludado por la doctrina nazi, como la quintaesencia del derecho penal nacionalsocialista. Desde el Proyecto de 1962, que no pasó de esta fase, no se ha propuesto, ni realizado ninguna reforma legislativa oficial de esta figura que afectase a la descripción de los comportamientos prohibidos. De hecho los profesores que en 1977 redactaron el Proyecto Alternativo decidieron remitirse a la propuesta de 1962 en lo tocante al tipo genérico.

El problema de la tipificación del delito de administración desleal es, precisamente, encontrar una fórmula legislativa que sea conforme con el principio de determinación y que a su vez sea capaz de abarcar la enorme variedad de casos en los que se ocasiona un perjuicio patrimonial infringiendo el deber de salvaguarda patrimonial que se tiene como consecuencia de la capacidad de disponer sobre un patrimonio ajeno. Como es conocido, en muchos países de la UE se opta por crear delitos de administración desleal específicos, sobre todo en el ámbito societario, y se renuncia a un delito genérico. El Anteproyecto decide, en contra

de la opción del CP de 1995, por este último modelo, que es el de los países germánicos. Esta opción resulta adecuada porque existen casos relevantes de administración desleal fuera del ámbito societario, como muestra la jurisprudencia desde 1995, que entre otras razones ha tenido que recurrir a la “bipolaridad” del art. 252 con el fin de incluir este tipo de supuestos.

9. Ahora bien, que contemos con un delito genérico no implica que debamos renunciar de antemano a establecer tipos penales específicos. Diseñar un delito de administración desleal que comprenda todos los casos imaginables de administración desleal lleva necesariamente a generar un tipo muy poco taxativo. Por esta razón, y desde un punto de vista de técnica legislativa, la opción que me parece más adecuada es la de establecer un tipo genérico, pero lo más adecuado posible al principio de determinación y, después en su caso, crear tipos penales de administración desleal en ámbitos específicos, cuando se descubran supuestos merecedores de pena que no puedan ser abarcados por el delito genérico.

Por poner un ejemplo, y sobre la propuesta que realizo, este podría ser el caso de supuestos de administración desleal que pueden tener lugar en el ámbito de la intermediación financiera o realizados por aquellos órganos de una persona jurídica que tienen funciones de supervisión y no de administración, como pueden ser los órganos de supervisión de los fondos de pensiones o de las Cajas de Ahorro. Igualmente puede ser el caso de tipos penales societarios destinados a la protección del capital social, cuando, con el consentimiento de los socios, se hagan operaciones (reparto de dividendos ficticios) que disminuyen el capital de garantía de una sociedad de capital.

Indudablemente otro de los tipos especiales de administración desleal debiera ser la malversación de caudales públicos. Aunque que la malversación de caudales públicos sea un caso de administración desleal, que lo es, resulta conveniente por razones de taxatividad tipificarla de manera expresa y atendiendo a las diversas particularidades que tiene esta forma de malversación.

Desde las premisas que acaban de exponerse considero que la redacción del art. 252 del Anteproyecto, tal como ha criticado en su informe el CGP, es poco taxativa. Este reproche que siempre es importante en el delito de administración desleal lo es aún más. Un delito de administra-

ción desleal indeterminado puede convertirse en una amenaza para todos los administradores de sociedades, en un peligro constante de verse imputados por cualquier tipo de decisión, tal como enseña la experiencia alemana, pero también francesa. Una judicialización excesiva, y además de carácter penal, de la gestión societaria. El tipo que se propone, comparte pues en lo fundamental la opción del Anteproyecto, pero propone modificaciones con el fin de conseguir una redacción más conforme con el art. 25 de la CE.

10. La búsqueda de la taxatividad se realiza, en primer lugar, a través de la reducción del círculo de autores. El Anteproyecto, como es notorio, sigue fielmente en este punto al § 266. En el 252.1 (tipo de abuso) son autores quienes tienen facultades para disponer en virtud de la ley, nombramiento de la autoridad y contrato. En el art. 252.2 tipo de infidelidad a estas tres fuentes de autoría añade otra de origen fáctico “la especial relación de confianza”. Pues bien, como demuestran los casi 80 años de vigencia del § 266 StGB realizar una interpretación restrictiva de este amplio elenco de autores es una tarea extremadamente compleja. No tiene sentido que nos sumemos a una tradición legislativa que tantos quebraderos de cabeza a dado a jurisprudencia y doctrina.

Es más lo cierto es que no necesitamos sumarnos a esta descripción amplia del círculo de autores y ello por tres razones:

a) Porque tenemos un delito de apropiación indebida, que tal como se ha expuesto, permite sancionar las “micro administraciones desleales” en caso de sumas de dinero. Es precisamente este conjunto de supuestos los que obliga, entre otras razones, al § 266 a incluir en el tipo de infidelidad una relación fáctica entre autor y patrimonio administrado como es la “especial relación de confianza”.

b) En el derecho de sociedades español no se conoce la dualidad consejo de administración-órgano de vigilancia, que condiciona a tener un tipo de infidelidad además del de abuso con un contenido relativamente amplio.

c) Porque no debe rechazarse la idea de contar con tipos de administración desleal específicos.

Por esta razón se propone que autores del delito de administración desleal sean exclusivamente:

– Administradores, es decir, aquellas personas que tienen encomendada la gestión global de un patrimonio (1.1) y cuyo estereotipo podrían ser los administradores de una sociedad o el tutor.

– Gestores (1.2) o supuestos de administración parcial de un patrimonio ajeno, que sólo entrarían en el círculo de autores del art. 252 cuando puedan realizar su gestión con un cierto margen de discrecionalidad. El estereotipo podría ser el albacea o la gestión de un fondo de pensiones.

Sólo la existencia de un margen de discrecionalidad relevante en la administración (total o parcial) hace aparecer con claridad la obligación de salvaguardia patrimonial que es la nota común a los autores del delito de administración desleal. En realidad, la historia el tipo de *Untreue* alemán en los últimos cuarenta años, más concretamente, desde la famosa sentencia en el caso de las tarjetas de crédito es una búsqueda continúa de criterios que definan en qué consiste este deber de salvaguarda y que sirve como “filtro”, para reducir el ámbito número de autores que resultan tanto de la descripción del tipo de abuso (ley, mandato de la autoridad, contrato), como del de infidelidad.

La propuesta que aquí se hace busca la “esencia” del deber de salvaguarda en tener capacidad para disponer u obligar jurídicamente el patrimonio ajeno pero siempre que además el autor tenga un margen de discrecionalidad relevante.

11. La segunda herramienta para lograr un tipo más taxativo radica en la configuración del tipo subjetivo. El Anteproyecto sigue fiel nuevamente en este punto al § 266 StGB que se configura como un delito patrimonial de daño, a diferencia por ejemplo de la estafa o la extorsión que resultan delitos de enriquecimiento. Como ya han señalado en sus informes tanto el Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial en la práctica la inmensa mayoría de los casos de administración desleal existe ánimo de lucro, por lo que de facto el tipo básico devendrá inaplicable y la pena se habrá de aplicar siempre en su mitad superior tal como prescribe el art. 250.3 del Anteproyecto. Por esta razón sólo incluir el ánimo de lucro en tipo básico resultaría ya necesario, pero también y sobre todo porque incrementa la taxatividad del precepto.

Una de las funciones del delito de administración desleal es la sanción de operaciones de riesgo o altamente especulativas, casos en los que el dolo aparece en su forma eventual. Pues bien, para intervenir en estos supuestos con suficiente seguridad jurídica resulta singularmente adecuada la combinación en el tipo subjetivo de dolo eventual más ánimo de enriquecimiento. Esta estructura otorga a la sanción de los negocios de riesgo el grado de taxatividad y de merecimiento de pena suficiente para la intervención del derecho penal.

La eliminación del ánimo de lucro quizás deba tomarse en consideración, en su caso, a la hora de elaborar tipos de administración desleal específicos para el ámbito bancario y de la intermediación financiera.

12. Con estas dos restricciones, la elaboración del tipo de abuso, que aparece en el nº 1 de la propuesta, no plantea problemas desde el punto de vista del principio de determinación. El Anteproyecto se aparta aquí del tenor literal del § 266 (aburar del poder de disposición) y elige la fórmula: “excederse en el ejercicio de las facultades”. Este cambio me parece un acierto. El TS había venido describiendo el tipo de abuso como un exceso intensivo, término que recoge la propuesta: “El exceso es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas” (STS 17 de julio de 2006). Este “exceso” como núcleo de la conducta coincide por lo demás con la descripción tradicional (Binding) del tipo de abuso: se trata de sobrepasar lo jurídicamente permitido (*dürfen*), en el marco de lo que jurídicamente puede realizar el administrador (*können*). Cuestiones terminológicas aparte, la existencia del “exceso” o del “abuso” debe determinarse atendiendo a la esfera interna de la relación, que es dónde expresa o tácitamente se encontrarán las limitaciones a lo que el administrador tiene jurídicamente permitido.

13. Más compleja es la confección del tipo de infidelidad. El Anteproyecto opta por una formulación muy amplia, siguiendo nuevamente al pie de la letra el modelo del § 266 StGB. En realidad los supuestos más frecuentes e importantes de administración desleal son los que se corresponden con el tipo de abuso. Es más, hasta el día de hoy, el CP español lo que posé realmente son dos tipos de abuso uno incardinado en el art. 252 y otro en el 295. Ni uno ni otro tipo penal pueden exten-

derse por su tenor literal a las conductas que en el derecho alemán se sancionan a través del denominado tipo de infidelidad.

Aunque el tipo de infidelidad se considera hoy, para la doctrina mayoritaria, la esencia del delito de administración desleal, y el de abuso una mera concreción. Lo cierto es que lo que en la práctica el tipo infidelidad tiene una función residual. Su función es proteger el patrimonio de los daños que puedan tener lugar en la esfera interna de la relación y sancionar comportamientos que consiste precisamente en no hacer uso de las facultades de disponer u obligar, es decir, comportamientos omisivos. Estos comportamientos son más frecuentes en el caso de administración (1.1), en donde los sujetos activos además de representar a la empresa internamente también tienen un gran poder de organización y de dirección interno, cuya utilización indebida, abuso, también puede ocasionar serios perjuicios patrimoniales (vid. supra párrafo 7).

La propuesta, con el fin de respetar el principio de determinación, recoge los supuestos más frecuentes e importantes en la práctica y prescinde de la idea de una formulación de un tipo de infidelidad genérico.

14. Una cuestión de vital importancia es la determinación legal de la pena del delito de administración desleal en relación con el resto de delitos patrimoniales (en especial, la estafa) y con la figura cercana de la apropiación indebida. El Anteproyecto opta por establecer penas idénticas en los tres casos, puesto que las penas de la apropiación indebida y la administración desleal se establecen por remisión al delito de estafa. No obstante, y como ya se ha indicado, esta equiparación es sólo aparente, debido a que el Anteproyecto considera que la presencia del ánimo de lucro da lugar a la aplicación de un tipo agravado, que permite imponer las penas en su mitad superior. Dado que en la práctica este tipo agravado será el que se aplique en realidad la penalidad básica y por tanto la equiparación es un espejismo.

En la propuesta se parte por ello de esta penalidad agravada. Se tiene además en cuenta que el desvalor de las conductas de administración desleal debe situarse en la cúspide de los delitos patrimoniales, debido a las mayores facilidades que el autor tiene para lesionar y aprovecharse del patrimonio ajeno y la mayor indefensión de éste.

La propuesta recoge también un apartado independiente de agravantes del delito de administración desleal. Algunas de las que figuran en el catálogo del 250 no pueden ser de aplicación a la administración. Bien porque contradicen el principio de inherencia (*ne bis in idem*) (250.7) o bien porque responden a modalidades comisivas de la estafa pero no de la administración desleal (250.2 y 8). Merece incluir agravantes específicas, como singularmente la administración desleal que tiene lugar en el marco de sociedades de intermediación financiera y gestionan el ahorro de los ciudadanos.

15. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta coherente con su aplicación a los casos de estafa o en los delitos concursales. Existen numerosos casos en los que la administración desleal se produce en beneficio de una determinada sociedad.

## 17.8. Daños: Arts. 263. 1 y 266. 2

ANA CRISTINA ANDRÉS DOMÍNGUEZ

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Burgos

---

### *ART. 263.1 del Anteproyecto*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 263.1

*“El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a 24 meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño si excediera de 400 euros”.*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 263.1

*“El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a 24 meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño. Si el hecho, en atención a tales circunstancias, fuera de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los daños fuera superior a 1000 euros”.*

#### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 263.1:

*“El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a 24 meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño. Si el valor de los daños fuera igual o inferior a 1000 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.*

#### IV. MOTIVACIÓN

El Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal, con el propósito, tal y como indica la Exposición de Motivos, de “incrementar la eficacia de la justicia penal”, suprime las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal (Disposición Derogatoria Única apartado 1: “Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”), si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas —delitos leves en la nueva regulación que se introduce— viene orientada, según la Exposición de Motivos, por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles.

En el ámbito de las infracciones contra el patrimonio, la derogación de las faltas supone la incorporación de nuevos tipos atenuados en los correspondientes delitos de referencia, para sancionar aquellas conductas que por sus circunstancias puedan ser consideradas delictivas pero de “escasa gravedad”. Con ello —de acuerdo con la Exposición de Motivos— se elimina el rígido criterio de los cuatrocientos euros para delimitar entre delitos y faltas, y aumentan las posibilidades para la actuación judicial unido al amplio margen que se introduce en la fijación de las penas previstas para este tipo de conductas. No obstante, la nueva regulación evita que los tipos atenuados sean aplicables a los supuestos de gravedad objetiva, cuando la cuantía excede de 1000 euros.

Todo lo anterior, en el supuesto concreto de los daños, se traduce en la modificación del apartado 1 del artículo 263 tipificando como delito leve la falta de daños prevista en el actual artículo 625 del Código Penal, artículo que queda suprimido.

La consecuencia inmediata es la sanción con mayor pena del delito leve de daños que la anterior falta al incrementarse la pena de multa que pasa de 10 a 20 días a ser de 1 a tres meses. Ahora bien, conductas que actualmente se sancionan en el Código Penal conforme al tipo básico de daños del artículo 263.1 con pena de multa de seis a 24 meses, en el Anteproyecto se prevén como constitutivas de delito leve de daños

sancionados con multa de uno a tres meses, al haberse incrementado la cuantía a partir de la cual se castiga el hecho por el tipo básico, que pasa de 400 a 1000 euros, por lo que la penalidad en estos supuestos resulta ser inferior a la prevista en el actual Código Penal para los daños constitutivos de delito cuya cuantía se sitúe entre los 400 y los 1000 euros.

En definitiva, la conversión de la falta de daños del artículo 625 del actual Código Penal en delito leve de daños, no va a coadyuvar a la descongestión de la justicia penal, finalidad a la que está orientada la supresión del Libro III del Código Penal, como dispone la Exposición de Motivos, por cuanto hechos que hoy constituyen delito básico de daños al exceder su cuantía de 400 euros pasan a ser delitos leves si superando la citada cuantía no exceden de 1000 euros; delitos leves que siguen sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas [Disposición Transitoria Cuarta: La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves. “Mientras no entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, los delitos leves tipificados en los artículos 147.2, 147.3, 171.7, 172.3, 249, 263, 274.2 párrafo 2º, 270.1 párrafo 2º y 234.2, tendrán la consideración de faltas penales a los efectos de la aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (...). Del mismo modo, la instrucción y el enjuiciamiento de dichos delitos se sustanciarán conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo lo que sea necesario”].

Centrándonos en la redacción del artículo 263.1, el Anteproyecto tipifica el tipo básico de daños castigando con pena de seis a 24 meses los daños que se causan en propiedad ajena y no se encuentran comprendidos en otros títulos del Código, en función de la condición económica de la víctima y la cuantía del daño; a continuación se indica que los casos de escasa gravedad, en atención de nuevo a la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, se castigarán con pena de uno a 3 meses, con la salvedad de los daños cuya cuantía sea superior a 1000 euros que, en ningún caso, serán considerados de escasa gravedad. Se trata de una farragosa redacción que plantea importantes problemas interpretativos, en la medida que no se sabe a ciencia cierta si los daños inferiores a 1000 euros son siempre de escasa gravedad o, por el contrario, la determinación de si estamos en presencia del tipo básico de daños o del delito leve

de daños queda al arbitrio judicial en función de la situación económica de la víctima y de la cuantía del daño, y no, exclusivamente, del criterio objetivo de los 1000 euros. En conclusión se produce una clara vulneración del principio de taxatividad y, por ende, del principio de Legalidad.

En consecuencia, la propuesta que se efectúa desde estas líneas, entendiendo, por un lado, que la supresión de la falta de daños obliga a crear un delito leve fijando el límite cuantitativo entre el tipo básico y el delito leve de daños en los 1000 euros; y, por otro, que la condición económica de la víctima y la cuantía del daño ya es tenida en cuenta a la hora de determinar la pena del tipo básico de daños, es mantener en el inciso primero del artículo 263.1 el tipo básico de daños con la redacción que figura en el Anteproyecto y recoger en el inciso segundo el delito leve castigado con pena de multa de uno a tres meses cuando el valor del daño sea igual o inferior a 1000 euros.

### *ART. 266.2 del Anteproyecto*

## **I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 266.1*

*“Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años el que cometiére los daños previstos en el artículo 263 mediante incendio, o provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas”.*

*Art. 266.2:*

*“Será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses el que cometiére los daños previstos en el artículo 264, en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior”.*

## **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 266. 1*

*Este precepto no se modifica.*

*Art. 266.2:*

*“Será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses el que cometiére los daños previstos en el artículo*

263.2, en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior”.

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 266.1

*“Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años el que cometiere los daños previstos en el artículo 263.1 mediante incendio, o provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas”.*

Art. 266.2:

*“Será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses el que cometiere los daños previstos en el artículo 263.2, en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior”.*

### IV. MOTIVACIÓN

El Anteproyecto procede a modificar el actual párrafo 2 del artículo 266 del Código Penal con el fin de sustituir la remisión que el mismo efectúa al artículo 264 y que ahora ha de entenderse referida al artículo 263.2.

La modificación puede ser calificada de positiva por cuanto el actual artículo 266.2 agrava la pena de los daños informáticos previstos en el artículo 264 cuando éstos son causados mediante incendio, provocando explosiones u otro medio de similar potencia o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas, previsión que carece de toda lógica. Con la nueva redacción la agravación va referida a los daños cualificados o agravados tipificados en el artículo 263.2.

Sin embargo, la nueva redacción conlleva la necesidad de modificar también el artículo 266.1. En efecto, el actual artículo 266.1 del Código Penal agrava los daños del artículo 263 cuando se causan mediante incendio, provocando explosiones u otro medio de similar potencia o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas. Si el artículo 266.2 del Anteproyecto agrava los daños cualificados del artículo 263.2 cuando son causados mediante incendio, provocando explosiones u otro

medio de similar potencia o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas, el artículo 266.1 habrá de hacer referencia única y exclusivamente al tipo básico de daños, artículo 263.1 y agravar, en consecuencia, los daños tipificados en el artículo 263.1 cuando son causados mediante incendio, provocando explosiones u otro medio de similar potencia o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas (en el mismo sentido Informe del Consejo Fiscal).

La propuesta que se efectúa es modificar también el actual art. 266.1 de manera que el mismo haga referencia al art. 263.1 y no al art. 263.

### ***ART. 265 Código Penal en vigor***

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 265*

*“El que destruyere, dañare de modo grave, o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas o Cuerpos de Seguridad será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el daño causado excediere de cincuenta mil pesetas”.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*El precepto no se modifica*

#### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Art. 265*

*“El que destruyere, dañare de modo grave, o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas o Cuerpos de Segu-*

*ridad será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el daño causado excediere de 1000 euros”.*

#### IV. MOTIVACIÓN

Ninguna de las reformas que se han llevado a cabo tras la incorporación, por el Código Penal de 1995, del artículo 265 al Capítulo IX del Título XIII, ha modificado la cuantía del daño que sigue estando señalada en pesetas (50.000).

La propuesta que se efectúa es transformar la cuantía que en el mismo figura en pesetas en euros, concretamente en 1000 euros; cuantía que en el Anteproyecto se fija para delimitar el tipo básico del delito leve de daños.

# 18. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL

## 18.1. Delitos contra la Hacienda Pública y la seguridad social: Arts. 305 a 310 bis CP

**MIGUEL ÁNGEL IGLESIAS RÍO**  
*Profesor Titular de Derecho Penal*  
*Universidad de Burgos*

---

### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 305*

*1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.*

*La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.*

*Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.*

*2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior:*

*a) Si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la*

*apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en el apartado 1.*

*b) En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.*

*3. Las mismas penas se impondrán cuando las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo se cometan contra la Hacienda de la Unión Europea, siempre que la cuantía defraudada excediera de cincuenta mil euros en el plazo de un año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en este apartado.*

*Si la cuantía defraudada no superase los cincuenta mil euros, pero excediere de cuatro mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años.*

*4. Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*

*Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.*

*La regularización por el obligado tributario de su situación tributaria impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.*

*5. Cuando la Administración Tributaria apreciare indicios de haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública, podrá liquidar de forma separa-*

da, por una parte los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, y por otra, los que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública.

La liquidación indicada en primer lugar en el párrafo anterior seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria. Y la liquidación que en su caso derive de aquellos conceptos y cuantías que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal.

La existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración Tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciar que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

6. Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito.

7. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya liquidado por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley 58/2003, General Tributaria, de 17 de diciembre, incluidos sus intereses de demora, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada Ley.

Art. 305 bis

1. El delito contra la Hacienda Pública será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) *Que la cuantía de la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros.*  
b) *Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.*

c) *Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito.*

*2. A los supuestos descritos en el presente artículo les serán de aplicación todas las restantes previsiones contenidas en el artículo 305.*

*En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años.*

#### *Art. 306*

*El que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a cincuenta mil euros, eludiendo, fuera de los casos contemplados en el apartado 3 del artículo 305, el pago de cantidades que se deban ingresar, dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados u obteniendo indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.*

*Si la cuantía defraudada o aplicada indebidamente no superase los cincuenta mil euros, pero excediere de cuatro mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años.*

#### *Art. 307*

*1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo.*

*La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.*

*Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.*

*2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales.*

*3. Se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga que-rella o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*

*Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.*

*La regularización de la situación ante la Seguridad Social impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.*

*4. La existencia de un procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paralizará el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social, salvo que el Juez lo acuerde previa prestación de garantía. En el caso de que no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, el Juez, con carácter excepcional, podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de las garantías, en el caso de que apreciara que la ejecución pudiera ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación. La liquidación administrativa se ajustará finalmente a lo que se decida en el proceso penal.*

*5. Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado frente a la Seguridad Social o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda con la Seguridad Social y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del deudor a la Seguridad Social o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para*

la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito.

6. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda frente a la Seguridad Social que la Administración no haya liquidado por prescripción u otra causa legal, incluidos sus intereses de demora, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.

Art. 307 bis

1. El delito contra la Seguridad Social será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía cuando en la comisión del delito concurriera alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros.

b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.

c) Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito.

2. A los supuestos descritos en el presente artículo le serán de aplicación todas las restantes previsiones contenidas en el artículo 307.

3. En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años.

Art. 307 ter

1. Quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión.

Cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los benefi-

*cios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.*

*2. Cuando el valor de las prestaciones fuera superior a cincuenta mil euros o hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias a que se refieren las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 307 bis, se impondrá una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo.*

*En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años.*

*3. Quedará exento de responsabilidad criminal en relación con las conductas descritas en los apartados anteriores el que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*

*La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a las prestaciones defraudadas objeto de reintegro, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.*

*4. La existencia de un procedimiento penal por alguno de los delitos de los apartados 1 y 2 de este artículo, no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las prestaciones indebidamente obtenidas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal.*

*El procedimiento penal tampoco paralizará la acción de cobro de la Administración competente, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. Si no se pudiere prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.*

5. *En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y de la responsabilidad civil, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.*

6. *Resultará aplicable a los supuestos regulados en este artículo lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 307 del Código Penal.*

*Art. 308*

1. *El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas en una cantidad o por un valor superior a ciento veinte mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 5 de este artículo.*

2. *Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas los aplique en una cantidad superior a ciento veinte mil euros a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 5 de este artículo.*

3. *Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.*

4. *Para la determinación de la cantidad defraudada se estará al año natural y deberá tratarse de subvenciones o ayudas obtenidas para el fomento de la misma actividad privada subvencionable, aunque procedan de distintas administraciones o entidades públicas.*

5. *Se entenderá realizado el reintegro al que se refieren los apartados 1 y 2 cuando por el receptor de la subvención o ayuda se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió, y se lleve a cabo antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.*

6. La existencia de un procedimiento penal por alguno de los delitos de los apartados 1 y 2 de este artículo, no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las subvenciones o ayudas indebidamente aplicadas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal.

El procedimiento penal tampoco paralizará la acción de cobro de la Administración, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. Si no se pudiere prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

7. Los Jueces y Tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 5 y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado al reintegro o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado o del responsable del delito.»

#### Art. 310 bis

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

c) Multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310.

Además de las señaladas, se impondrá a la persona jurídica responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. Podrá imponerse la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas.

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b), c), d), e) y g) del apartado 7 del artículo 33.»*

*Art. 311:*

*Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses:*

*1º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.*

*2º Los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de:*

*a) el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores,*

*b) el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o*

*c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores.*

*3º Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en los apartados anteriores, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro.*

*4º Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.»*

## II. PROPUESTA ALTERNATIVA

*1. Regular esta materia en una Ley Orgánica de carácter interdisciplinar en la que se aborden globalmente todos los aspectos que presenta este ámbito.*

### MOTIVACIÓN

*La reciente entrada en vigor de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, se enmarca en un proceso de reforma directamente vinculado con los antecedentes, entre otros, del Plan de lucha contra el fraude, contra el empleo irregular y el fraude frente a la Seguridad Social previsto para el bienio 2012-2013, entre cuyas medidas se contempla*

la aprobación de una Ley Orgánica de reforma de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Evidentemente, y teniendo en cuenta que esta modificación del Código penal suma ya la número 25 y estamos a la espera de otra próxima e inminente, de mayor calado y extensión, relativa al Anteproyecto de octubre de 2012, convendría volver a reconsiderar un planteamiento metodológico previo al tratamiento penal, en sí mismo, de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social que, no obstante, parece estar superado o abandonado en España, en torno a la **conveniencia político criminal de la ubicación sistemática de estos injustos en una Ley especial, extra muros al Código** que, de una forma integral y homogénea, aporte probablemente más coherencia que la actual diversidad de apartados de naturaleza interdisciplinaria presentes en este ámbito (administrativos, procesales, tributarios, penales...). Resulta curioso que por LO 6/1995, de 29 de junio, se aprobara una profunda reforma exclusivamente de estos delitos, apenas unos meses antes de la aprobación de un nuevo Código penal por LO 10/1993, de 23 de noviembre. Una situación análoga sucede ahora, al aprobarse la LO 7/2012 en un momento en el que se está abordando una modificación muy amplia e importante de gran parte de los apartados del Código penal en su conjunto.

Como es bien sabido, y no es el objeto central de análisis en esta Mesa, la elección por una u otra opción tiene sus ventajas e inconvenientes, fundamentalmente analizados en términos de prevención general de la pena.

*2. Unificar en todos estos delitos el límite de las cuantías que determinan el umbral delictivo a partir de 120.000 euros*

## MOTIVACIÓN

Aunque en estas breves páginas centraremos nuestra atención en algunos apartados concretos relativos al ámbito tributario, sí cabe hacer algunas referencias generales que afectan a la sistemática de todos los delitos incluidos en el Título XIV del CP bajo la rúbrica “*De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*” (arts. 305 a 310 bis).

El conjunto de estos delitos se articula legislativamente conforme a una estructura análoga, presentando todos ellos, pues, un estrecho

paralelismo que toma como patrón de referencia el de defraudación tributaria (art. 305 CP). Por esta razón, resulta llamativa la falta de coincidencia, nuevamente, del límite mínimo de las cuantías económicas defraudadas contra la Hacienda de la Unión Europea (50.000 e.), y ahora también contra la Seguridad Social (50.000 e.) y el fraude de subvenciones (120.000); sin olvidar tampoco la distonía apreciable en las cuantías previstas en las distintas variantes de la legislación de contrabando (150.000, 50.000 y 15.000 e., tras la profunda reforma experimentada por LO nº 6 de 30 de junio de 2011).

Estas figuras, presentan una coincidencia material básica, un bien jurídico en todos ellos de claro componente supraindividual, aunque exista diferencia en el patrimonio concretamente tutelado por cada uno de ellos (por una parte, el Erario Público en el delito fiscal y fraude de subvenciones arts. 305 y 308 CP y, por otra, la Seguridad Social en el art. 307 CP). La misma proximidad se comprueba en torno a los sujetos, la causa personal de levantamiento de la pena, el tipo objetivo, la consumación, etc.

Por otra parte, son muy semejantes las singularidades criminológicas que les rodean, las consideraciones en torno a la moral tributaria y la resistencia al pago de tributos o aprovechamiento indebido de prestaciones o subvenciones, así como la elevada cifra oscura de criminalidad no registrada.

En definitiva, presentan un injusto material y merecen un juicio de reproche muy coincidente, sin que puedan aducirse razones preventivo especiales ni generales claras que justifiquen la diferenciación de las cuantías.

En cambio, la Exposición de Motivos de la Ley 7/2012 (EM) justifica la modificación de las cuantías “conforme a criterios económicos, políticos y sociales”, apelando a que “la realidad social y económica actual pone de relieve la necesidad de actuar, con mayor contundencia, frente a las conductas presuntamente delictivas y tramas organizadas”. Por lo que se refiere a los fraudes contra la Seguridad Social, la reducción de la cuantía delictiva mínima (50.000), descansa, según la EM, en la coyuntura del presente ante hechos “que son objeto de un contundente reproche social en momentos de especial dificultad económica en el ámbito empresarial”; criterio que, desde luego, a nuestro juicio, no es novedoso

y exclusivo de los tiempos actuales como para haber procedido repentinamente a una disminución tan considerable.

Entendemos y proponemos, en definitiva, que **deberían unificarse las cuantías de los delitos integrados en este Título XIV** y, si se estima que pueden concurrir algunas diferencias ante eventuales niveles graduales en la gravedad del injusto o si, en su caso, se apreciaran singularidades criminológicas que merecen realizar distinciones, **podría reconsiderarse la conveniencia de un tipo atenuado semejante al inculpativo en el nuevo art. 306 en el que la cuantía defraudada oscile entre 4.000 y 50.000 euros**; supuesto que, una vez más, de forma paradójica solo se contempla en este delito defraudatorio contra los presupuestos generales de la Unión Europea y, quizás no muy acorde con el principio de intervención mínima y subsidiariedad penal, a pesar de la Directiva para la protección de los intereses financieros de la Comunidad.

Así mismo, por razones de coherencia interna y con planteamientos de intervención mínima, resulta plausible la derogación operada de las faltas tipificadas en los arts. 627 y 628 (Disposición Derogatoria Única).

*3. Unificar un tipo agravado común a todos estos delitos, coincidente con la formulación del nuevo art. 305 bis.*

## MOTIVACIÓN

**3.1.** La LO 7/2012 introduce en el art. 305 bis (delito fiscal) el tipo agravado antes indicado, análogo al del art. 307 bis (delito contra la Seguridad Social) salvo por la determinación de la cuantía (superior a 600.000 y 120.000 euros, respectivamente).

Curiosamente, se observa que no se contempla una agravación de esta naturaleza respecto del delito de fraude de subvenciones, a pesar de que podemos encontrarnos con niveles cuantitativos de fraude muy considerables, especialmente si tomáramos también el criterio de cómputo del tipo básico del delito contra la Seguridad Social —manejar acumulativamente la acción continuada de 4 años, permitiendo sumar el total— con la finalidad de facilitar una persecución eficaz, pero pagando el coste, probablemente, de una subversión del principio de subsidiariedad entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.

En consecuencia, debería unificarse un tipo agravado común a estos delitos en lo esencial, aún cuando su formulación o redacción incluya

algún matiz distintivo entre el fraude fiscal, contra la Seguridad Social o de subvenciones o prestaciones.

La agravación por la utilización de testaferros, sociedades pantalla o paraísos fiscales tiene razón de ser ya que presenta una mayor peligrosidad objetiva *ex ante* y por las dificultades de persecución, que facilitan su impunidad. Por su parte, la agravación por la cuantía descansa en el mayor daño causado al bien jurídico. Ambas hipótesis justifican la exasperación punitiva, pero resulta criticable la configuración legal un tanto indeterminada de esta agravación, en aras de una mayor seguridad jurídica.

**3.2.** Por otra parte, la elevación de la pena privativa de libertad en los tipos agravados hasta un máximo de 6 años debe descansar en un principio de adecuación proporcionada a la gravedad objetiva del hecho y a la subjetiva de la culpabilidad de su autor que, en nuestra opinión, es visible y, por tanto, razonable en estos supuestos legales cualificados por su elevada cuantía o en los que intervengan tramas organizadas, testaferros o paraísos fiscales.

Pero lo que no es dogmáticamente admisible es que, al parecer, la razón fundamental de la elevación punitiva en este marco sancionatorio responda a una argumentación puramente pragmática: impedir la prescripción del delito antes de diez años, con lo cual más que a extremos relacionados con el bien jurídico protegido y otras consideraciones dogmáticas, cobran prioridad cuestiones procesales o las relacionadas con las dificultades de descubrimiento que pueden padecer los órganos de inspección de la Administración tributaria o de justicia.

Ciertamente, la prescripción encierra unos perfiles singulares e incide con especial relevancia práctica en el campo del Derecho penal económico. De hecho, alguna reciente posición doctrinal extranjera (D. Grisch, en Suiza, 2006), califica la prescripción en el ámbito de los delitos de cuello blanco como un privilegio que conduce “al menos indirectamente, a una justicia de clase” que abre a estos delincuentes la posibilidad de sustraerse a la acción de los Tribunales. Por ello, algunos tratadistas han propuesto incluso que se reflexione seriamente sobre la imprescriptibilidad de los delitos económicos o reformular en profundidad la regulación de la prescripción en estos injustos, de acuerdo a sus específicas dificultades de esclarecimiento (mucho más elevadas que en

la delincuencia patrimonial clásica) así como a sus particulares necesidades de persecución, liberando de algún modo a los operadores jurídicos para que centren su preocupación y energías, exclusivamente, en cuestiones materiales y no en las procesales o de persecución, sin agobios cronológicos, teniendo precisamente en cuenta —de nuevo— las singularidades criminológicas de esta clase de criminalidad.

Con todo, podría incluso resultar acertado introducir otros parámetros adicionales para determinar el plazo de la prescripción en los delitos económicos como, por ejemplo, la complejidad y naturaleza de determinados ámbitos delictivos, el grado de sofisticación comisiva y su consiguiente dificultad de investigación, la pertenencia o no al reo a organizaciones criminales estables. Sin embargo, quizás estas consideraciones introducirían un importante componente valorativo y de inseguridad jurídica, así como en el tratamiento no uniforme de casos. No parece tampoco defendible que en la Parte General del CP —el art. 131— se introduzca una mención distintiva expresa que contemple un plazo diferente en estos delitos.

En cualquier caso, no resulta sencillo articular equilibradamente la institución de la prescripción, el alargamiento considerable de los plazos y mucho menos aún cualquier propuesta de imprescriptibilidad con el sustrato constitucional del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24-2 CE) y a la seguridad jurídica (art. 9-3 CE), como *desideratum* programático de efectividad de la justicia y de las funciones que cumplen las sanciones penales. Precisamente, la prescripción no se compadece fácilmente con las finalidades y necesidades preventivo-especiales y generales de la pena, que normalmente persisten, sobre todo estas últimas a pesar del largo transcurso de tiempo.

4. *Complementar el ámbito de prohibición del delito de fraude a los presupuestos generales de la Unión Europea (art. 306 CP).*

## MOTIVACIÓN

Considero un acierto la modificación de la fórmula del art. 306, refundiendo su contenido con el ahora derogado art. 309. Se evita así lo que algunos ha descalificado de “solapamientos” y la “pleonástica descripción” entre lo previsto en el anterior art. 305-3 y 306 (fraude fiscal) y entre el art. 309 y 306 (fraude de subvenciones).

No obstante, dado que las conductas prohibidas han de recaer sobre fondos comunitarios de los presupuestos generales de la Comunidad, resultaría acertada la propuesta de un sector doctrinal (significativamente, A. Nieto Martín) de *incluir también “las operaciones de empréstito, préstamos y las garantías de préstamo que ofrece la Comunidad”, así como los presupuestos satélites de otros organismos comunitarios siempre que sean administrados por la UE o por un Estado por cuenta de las Comunidades Europeas.*

5. Derogar la figura premial del colaborador con la justicia introducida por LO 7/2012 prevista en los arts. 305 n° 6, 307 n° 5 y 308 n° 7.

## MOTIVACIÓN

**5.1.** Proponemos derogar estas atenuantes de reparación postdelictiva, máxime cuando esta norma contempla un momento tan tardío como es el “transcurso de dos meses desde la citación judicial como imputado”, siempre que el obligado tributario o el autor “satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente la deuda” (en términos análogos en cada uno de esos tres preceptos).

Considero que esta atenuación o semi-excusa absolutoria, tal y como está formulada, persigue, una vez más en el marco de la reforma aprobada, afanes exclusivamente recaudatorios, pero de un modo equívocado, porque en la fase de la imputación judicial del presunto defraudador, la infracción ya es en gran medida visible y, de algún modo, la Administración se encuentra en condiciones de descubrir el delito sin necesidad de ayuda del sujeto para que afloren fuentes defraudadas ocultas.

Dimensión distinta presenta, bien es cierto, pero no exenta de algunas críticas que a continuación se expondrán, el apartado relativo a la delación de otros defraudadores.

**5.2.** Estas cláusulas incorporadas no compatibilizan ni con la finalidad preventivo especial —falta de espontaneidad o de autorresocialización personal— ni con la finalidad preventivo general: no anula completamente pero sí desactiva considerablemente las pretensiones intimidatorias y la confianza ético jurídica de la población en la vigencia de la norma (la persecución pública de las infracciones).

Desde luego, las necesidades preventivo especiales quedarían satisfechas si la colaboración se produce antes, no ya de la imputación formal,

sino con anterioridad a tener conocimiento de que se han iniciado investigaciones públicas encaminadas al descubrimiento del fraude. Esto es, cuando exista (o pueda presumirse) un retorno voluntario al terreno de la legalidad. Y, además, que la colaboración haya sido eficaz, útil, para el esclarecimiento de hechos o identificación de los culpables.

Pero mayores dificultades existen aún para legitimar esta figura desde la perspectiva preventivo general: no se puede justificar una recompensa premial si anula o aminora a un umbral intolerable el mensaje intimidatorio de la pena, porque ello generaría el descrédito de gran parte de la ciudadanía (contribuyentes honrados) en la aplicación del Derecho y podría llegar a introducir factores criminógenos de contagio al delito, máxime en un ámbito en el que la cifra oscura de criminalidad es muy elevada y estos infractores económicos pueden permitirse el lujo de arriesgarse a no ser descubiertos y que los hechos prescriban.

La seriedad de la intervención penal debe tratar de desterrar la imagen de una generalización de la indulgencia y tener presente el criterio de aproximar cualitativa y cuantitativamente la pena a la lesividad objetiva del hecho y a la culpabilidad individual del sujeto. Esto solo se conseguiría si, a través de los mecanismos premiales, se observa un progreso en esta lucha frente al fraude, distinta de una justicia penal negociada para infractores bien posicionados socio-económicamente.

Sin embargo, también ha de admitirse la idea de que el beneficio penal no implica automáticamente que se haya desvirtuado por completo el mensaje intimidante de la norma penal ni una total pérdida de eficacia preventiva general, porque, de algún modo, la decisión personal de colaborar reafirma la vigencia de la norma a los ojos de la colectividad, dado que, quien colabora, en parte lo hace por temor a la elevada intensidad de la amenaza penal y quien no colabora recibe con total rigor la sanción punitiva. Hay que reconocer que este argumento es trasladable, así mismo, a la cláusula de exención de pena por regularización.

**5.3.** Precisamente, a mi juicio la existencia de la causa personal de levantamiento de la pena en estos delitos, ofrece una cobertura suficiente en beneficio del defraudador que hace improcedente la introducción de las específicas atenuaciones en los citados preceptos, dado que, además, las situaciones que abarcan pueden ser cubiertas interpretativamente a

través de las atenuantes genéricas del art. 21 n° 4 y 5 CP en conexión con la atenuante de análoga significación (art. 21-7 CP).

Ciertamente, también existen figuras premiales paralelas a las que aquí tratamos en los arts. 376-2 y 579 CP, pero en estos ámbitos —tráfico ilegal de drogas y terrorismo— no existe una cláusula de exención total de la pena, a diferencia de la prevista en el delito fiscal, fraude de subvenciones y contra la Seguridad Social.

Probablemente, cláusulas de esta naturaleza contribuyen a erosionar aún más la percepción de las instituciones ante una ya muy indiferente opinión pública, al trasladarse desde la Ley la imagen de una creciente debilidad e impotencia que parece sufrir la Administración pública para esclarecer fraudes y tramas.

**5.4.** La cuestión del colaborador —no sabemos si arrepentido— viene a ser una manifestación más de la profusión actual a favor del empleo de métodos pragmáticos de alcance y contenido no exentos de polémica, fundamentalmente por su cuestionable adecuación al concepto de Estado de Derecho; añádase, por otra parte, que su contribución en términos relevantes a una neutralización eficaz de futuros injustos será más bien dudosa. Es decir, que la recompensa que recibe el Estado resulta relativamente insignificante en relación al deterioro que produce para el conjunto del sistema jurídico penal y constitucional. Un dato interesante es saber que, frente a la desconfianza mayoritaria en el ámbito académico, sin embargo, tradicionalmente son los profesionales ligados a la praxis los mayores partidarios de estas cláusulas.

De legitimarse su existencia, estas figuras deberían reservarse a verdaderas situaciones excepcionales, identificadas por algunos como de “concreto estado de necesidad de la investigación”, imposible de superar de otro modo y que provoquen una situación insostenible para el conjunto del control público de la criminalidad, algo que no parece probable en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y, en todo caso, si se decide incorporar o mantener la vigencia de estas cláusulas debe reorientarse su formulación teniendo en cuenta algunos modelos técnicamente mejorados en el Derecho comparado, así como la consolidada jurisprudencia constitucional garantista en materia de coimputados (sobre todo a partir de la STC de 29-9-1997) y,

finalmente, adecuarlas a las directrices marcadas por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

**5.5.** En cualquier caso, el legislador penal español de 2012 debería haber realizado un mayor esfuerzo de concreción, en términos de seguridad jurídica. Al contrario, siguiendo el patrón ya citado de los preceptos análogos incluidos en el ámbito del tráfico ilegal de drogas y terrorismo (arts. 376 y 579 CP), ha continuado concediendo un amplio margen de discrecionalidad judicial, guardando silencio legal sobre los criterios expresos para conceder los beneficios penológicos, así como utilizando locuciones imprecisas y valorativas, no deseables en términos de taxatividad (“colaborar activamente”, “obtención de pruebas decisivas”).

**5.6.** De mantenerse vigente, esta atenuante mejoraría técnicamente si se incluyeran algunas de las siguientes consideraciones.

**a)** Reflexionar sobre la conveniencia de perfilar el alcance del requisito referido a la “*obtención de pruebas decisivas*”, ya que puede presentar diferentes estadios graduales en orden determinar el grado de exigencia en la probabilidad de la eficacia de la colaboración.

**b)** Ha de tratarse de evitar la perniciosa alteración en sede procedimental a que pueden dar lugar las cláusulas premiales, dado que alcanza menos importancia el hecho delictivo previamente cometido, que la conducta posterior durante el proceso, que puede ser de carácter meramente delativa contra antiguos compañeros de la empresa criminal; esta hipótesis es más imaginable aún porque los requisitos para aplicar la atenuante no son acumulativos (claro está, que si lo fueran perdería fuerza el estímulo a la colaboración). Así, el delincuente irreductible, el que no se arrepiente de nada, quizás sea visto como un “enemigo” del sistema, en tanto que al colaborador se le transforma en un “amigo” del Estado que merece una singular recompensa (libertad provisional, beneficios penitenciarios, etc.).

**c)** Por otro lado, el alcance de su eficacia dependerá, en cierto modo, de que los destinatarios de la semi-excusa conozcan de su existencia y de que tengan la seguridad y confianza de que la colaboración en su caso prestada les reportará ventajas punitivas, porque de lo contrario se frenaría el estímulo a la colaboración que persigue la norma. Desincentiva la colaboración, desde luego, la facultad judicial discrecional o potestativa

—“podrán”— para aplicar o no la atenuación, incluso cuando el colaborador cumpla todos los requisitos, respectivamente, de los arts. 305 n° 6, 307 n° 5 y 308 n° 7 CP. En cambio, por manejar un argumento comparativo, el art. 426 CP —cohecho— la exención de pena es obligada. Por eso, de existir figuras premiales, la atenuación en un grado debería ser obligatoria y, en cambio, la rebaja en dos grados podría ser facultativa.

d) Finalmente, debe perfilarse mejor el valor probatorio de las declaraciones de coimputados para no colisionar con el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Una desnuda delación por sí sola no puede alzarse como prueba de cargo suficiente para deducir racionalmente la culpabilidad del acusado y basar en aquella la condena.

Deben exigirse otros elementos probatorios que confirmen la credibilidad de la delación que supongan una corroboración mínima e independiente de las declaraciones vertidas por el arrepentido y que relacionen directamente al acusado con los hechos relatados, dado que las declaraciones del coimputado están contaminadas en su propio beneficio y planea sobre ellas la sombra de la sospecha.

5.7. De mantenerse esta atenuante, con las mejoras técnicas antes indicadas, su ámbito de aplicación debería ser únicamente para los supuestos agravados previstos en los arts. 305 bis y 307 bis, respecto de los que hemos propuesto la tipificación de una única figura común para todos estos delitos (apartado 3).

6. *Perfilar con mayor concreción la causa personal de levantamiento de la pena actualmente prevista en el art. 305 n° 4, art. 307-3, 307-ter n° 3 y art. 308 n° 5.*

## MOTIVACIÓN

1. A lo largo del debate suscitado en torno a este punto en la reunión mantenida el día 31 de enero de 2013, en el Seminario de la Universidad Carlos III, el Prof. Quintero Olivares intervino en varias ocasiones aportando aspectos clave en esta materia, que pasan por establecer normativamente una adecuada y coherente “sincronización” entre la normativa tributaria y la penal, así como una interpretación coordinada entre los procesos de regularización y la persecución actual del deudor en estos casos por eventuales delitos de blanqueo de capitales u otros delitos “fuente” o actividades delictivas previas, siendo deseable acabar con la

interferencia de normas existentes en la actualidad que conducen al absurdo, máxime ahora que se castiga la “posesión” y el denominado “autoblanqueo” como modalidades típicas del reformado art. 301, castigando a quien “adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...”. Así puede deducirse de lo dispuesto en la *Ley 10/2010, de 28 de abril, sobre la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo*; en efecto, el art. 1 se refiere al “objeto, definiciones y ámbito de aplicación”, determinando a través de una interpretación auténtica en el nº 2 que “A los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”.

Quizás debería añadirse una mención expresa en el art. 305 nº 4, art. 307-3, 307-ter nº 3 y art. 308 nº 5, ampliando la exención de pena no solo a las irregularidades contables o falsedades instrumentales, sino también a las situaciones relacionadas con esas hipótesis de blanqueo antes mencionadas.

No obstante, estos aspectos, según hemos acordado, serán objeto de tratamiento más detenido por el Prof. J. Gómez Lanz, en su condición de ponente también de esta Mesa de trabajo.

Las cláusulas de levantamiento de la pena previstas en estos preceptos han de asumirse en los ordenamientos jurídico-penales contemporáneos, en cierto modo, como un mal necesario, justificadas, nuevamente, como fruto de las singularidades criminológicas que rodean a la delincuencia económica y organizada en sentido amplio (relajada moral fiscal colectiva y resistencia de la población al cumplimiento de sus deberes tributarios, frente a la Seguridad Social o en materia de las subvenciones, elevada cifra oscura de delitos de esta naturaleza, dificultad de persecu-

ción y descubrimiento, nuevas y sofisticadas fenomenologías criminales urdidas a nivel internacional, etc.). Ante esta realidad, el legislador, plegado a consideraciones pragmáticas, encamina la regularización a lograr un incremento de la recaudación y a que afloren fuentes económicas hasta ahora opacas y sumergidas. Pero, a pesar de ello, no podemos resignarnos a otorgar una fundamentación y una interpretación sometida unilateralmente a dichos planteamientos de índole mercantilista.

En este sentido, la lectura que ha de hacerse de dichos preceptos debe enfocarse en clave jurídico-penal y en conexión con los fines de la pena, al compás de numerosos planteamientos desarrollados en el ámbito de la teoría jurídica del delito (principios de oportunidad y economía procesal, pensamiento de la reparación, ultima ratio, reformulación de los criterios de merecimiento y necesidad de pena, etc.), tratando de alcanzar un razonable equilibrio entre los intereses recaudatorios a favor del Erario público y el respeto a los fundamentos de justicia y persecución del delito vigentes en todo Estado democrático de Derecho.

Ciertamente, a nuestro juicio, la reforma aprobada en esta LO 7/2012 mejora en algunos aspectos la regulación anterior; de forma significativa por lo que respecta a la obligación de que el sujeto proceda a transparentar completamente su situación tributaria (“completo reconocimiento”) y, más importante aún, al “pago de la deuda”.

No obstante, la formulación de estas cláusulas de levantamiento de la pena presenta evidentes deficiencias técnicas y lagunas, cuyo común denominador, de entrada, pasa por concretar con mayor precisión los requisitos positivos y negativos que condicionan la eficacia de la autodenuncia. En este sentido, a continuación se realizan las siguientes **propuestas de reforma**:

1. Considero oportuno tipificar en un único precepto la exención de pena para todos los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (también los que afectan a los fraudes en perjuicio de la Unión Europea), ubicado si se quiere en una “**Disposición común**”; ello ampliaría también su posible ámbito de aplicación a los fraudes contra los presupuestos y los fondos generales de las Comunidades Europeas.

2. En orden a precisar el alcance de la regularización, se ha de incluir expresamente la **posibilidad beneficiar a los partícipes**, siempre

que contribuyan de un modo relevante al descubrimiento de situaciones hasta ahora sumergidas o pongan en conocimiento de las autoridades datos esenciales que faciliten una definitiva transparencia del origen de las irregularidades.

3. Debería precisarse con mayor concreción el concepto mismo de regularización o, en los términos ahora empleados por el legislador, el “completo reconocimiento”, **exigiendo expresamente un acto voluntario o espontáneo, una rectificación íntegra**, completa (esto ya lo indica ahora la norma) y veraz, comunicando todos los datos económicos antes silenciados o falseados.

4. En qué casos y qué **alcance penológico puede tener una rectificación tan solo parcial, siempre que no sea dolosamente planificada** (que no merecerá ni siquiera una rebaja de pena). Desde luego, debería quedar claro también que una reducción de la deuda por debajo del límite cuantitativo previsto de las diferentes cuantías defraudadas fijadas en cada uno de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social no puede degradar un fraude calificado de delito en una simple infracción administrativa.

5. Sería deseable, aunque no es un aspecto esencial, la inclusión de ciertos aspectos en torno a la **exigencia de algún mínimo formalismo**, ante qué organismo ha de presentarse, si ha de ser el propio defraudador o puede hacerlo otra persona, pero siempre con su consentimiento o su inequívoca autorización.

6. Resulta positiva ahora la exigencia expresa en el delito de defraudación tributaria del **pago efectivo de la deuda**, pero no se entiende muy bien la razón de que únicamente el art. 307 ter nº 3 condicione la exención de responsabilidad criminal no solo al reintegro (al pago), sino **que también incluye los intereses de demora** según el interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales. A mi juicio, esta exigencia debería ser igualmente aplicable a los restantes delitos.

Así mismo, sería adecuado **indicar el plazo para proceder al ingreso de la deuda**, la posibilidad y condiciones de aplazamiento, así como la persona que puede realizarlo.

7. Por lo que respecta a las **condiciones negativas** que obstaculizan la eficacia de la autodenuncia, a los supuestos ya previstos de bloqueo,

debería **añadirse también la denuncia presentada por un particular u otro organismo de naturaleza pública o privada**. En este mismo apartado, **debe especificarse el alcance concreto de las actividades de inspección**, que conducen al bloqueo de la regularización, exigiendo además que estén específicamente dirigidas a la investigación de un determinado o determinados impuestos y el periodo concreto que se analiza.

8. De todo tipo de actuaciones de investigación **deberá ser notificado el sujeto para que tenga conocimiento formal tanto de las actuaciones administrativas de comprobación como de las efectuadas por los órganos públicos de investigación y persecución penal** del hecho (Juez, Ministerio Fiscal, Abogado del Estado, representante procesal autonómico, foral o local, o de las denuncias de particulares).

9. Resultaría interesante también **incluir como causa de bloqueo la simple comparecencia de un funcionario o autoridad competente** en el domicilio o lugar de trabajo del sujeto con fines de investigación. Se debería indicar que el efecto bloqueo, en caso de denuncia o querrela, exige la previa admisión judicial a trámite y la posterior notificación formal al interesado, comunicándole su estatus de imputado.

Esto sería más coherente, además, con lo previsto en la atenuante por colaboración que abre un plazo de dos meses desde la citación judicial como imputado.

10. **Proponemos la derogación de lo dispuesto en el art. 305 bis nº 2 y art. 307 bis nº 2**; consideramos que, por razones de justicia material, ha de excluirse la aplicación del levantamiento de la pena a los supuestos agravados (especial trascendencia económica del fraude, existencia de tramas criminales organizadas y utilización de testaferros). A lo sumo, puede contemplarse la aplicación a estos casos de las atenuantes de colaboración con la justicia previstas en los arts. 305 nº 6, 307 nº 5 y 308 nº 7 (con las consideraciones que hemos efectuado en el apartado 5).

11. Finalmente, debería preverse expresamente un **límite restrictivo** que impidiera a un contribuyente defraudador habitual la posibilidad de regularizar sus infracciones penales más de **una vez a lo largo de toda su vida tributaria** (así lo establecía el art. 298-4 PANCP de 1983 (“*En caso de habitualidad... no será aplicable la exención de la pena prevista en el párrafo anterior*”).

## 18.2. Delitos contra la Hacienda Pública y la seguridad social: Art. 305, apartados 1, 4 y 5

ARACELI MANJÓN-CABEZA OLMEDA

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid

---

### I. TEXTO VIGENTE

Art. 305

1. *El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.*

*La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.*

...

4. *Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*

*Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.*

*La regularización por el obligado tributario de su situación tributaria impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.*

*5. Cuando la Administración Tributaria apreciare indicios de haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública, podrá liquidar de forma separada, por una parte los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, y por otra, los que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública.*

*La liquidación indicada en primer lugar en el párrafo anterior seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria. Y la liquidación que en su caso derive de aquellos conceptos y cuantías que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal.*

*La existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración Tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.*

...

## **II. TEXTO DEROGADO (POR LA LO 7/2012, 27 DICIEMBRE - BOE DE 28 DE DICIEMBRE 2012)**

Art. 305

*1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de*

*ciento veinte mil euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.*

...  
4. *Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*

*La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.*

...

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Mantenimiento del derogado art. 305.1 y 4*  
*Mantenimiento de la mención del nuevo art. 305. 4 “al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria”*  
*Eliminación del nuevo art. 305.5*

### IV. MOTIVACIÓN

La regularización prevista sigue siendo un caso de comportamiento posterior a la consumación que impide la pena, a pesar de darse todos los elementos del delito; por tanto seguimos encontrándonos ante una excusa absolutoria; de ahí la innecesariedad de modificar el art. 305.1 y 4.

Sin embargo es positiva la aclaración sobre el contenido de la regularización: reconocimiento y pago. Se evitan así las dudas hasta ahora

existentes a propósito de si la regularización podía darse solo con el reconocimiento de la deuda.

El nuevo apartado 5 del art. 305 rompe con las normas que rigen las relaciones entre la actuación de la Administración y el Juez penal en materia de delito fiscal, derivadas de la prejudicialidad penal. De mantenerse puede llegarse a una situación indeseable: dos respuestas distintas a un mismo hecho por parte de quienes —Agencia Tributaria y Juez— ejercen la potestad sancionadora —administrativa y penal—.

La motivación expuesta se basa en las siguientes consideraciones.

1. La redacción aprobada del art. 305.1 varía respecto de la que se contenía en el Anteproyecto, texto en el que se utilizaba la expresión “y no hubiere regularizado su situación tributaria”. Es decir se incluía en el tipo un elemento formulado negativamente: no haber regularizado, rechazándose la antigua excusa absolutoria de regularización para considerarse la regularización un supuesto de atipicidad. La configuración de la no regularización como elemento del tipo hubiese tenido consecuencias relevantes a la hora de determinar el momento de consumación del delito y, con ello, el principio del cómputo de la prescripción. La no regularización como elemento del tipo, supone que mientras que tal regularización sea posible, el delito no estará consumado. Con la regulación derogada se fijaba el momento de consumación, según los casos, en la finalización del período de autoliquidación voluntaria, en la terminación del plazo del pago o cuando se recibe la devolución indebida, sin que para nada afecte una eventual posterior regularización. Por el contrario, la configuración como elemento negativo del tipo pospone la consumación —y el principio de la prescripción— a un momento posterior a los indicados: concretamente al momento en el que la Administración inicia actuaciones de comprobación o investigación, se interpone denuncia o querrela o se inicia la actuación del Juez o del Fiscal, porque hasta que tales hechos no ocurran el sujeto puede regularizar. La consecuencia principal es que los plazos de prescripción, de hecho, se alargan considerablemente, por más que no se modifiquen, al empezar a correr más tarde. El alargamiento de los plazos de prescripción se puede conseguir por otras vías; así, la acusación conjunta por delito fiscal y blanqueo de capitales por la cuota defraudada —que algunos creen posible y otros rechazamos—, siendo entonces el plazo de prescripción de diez años

(DEL ROSAL BLASCO, 2013, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 2012).

De haberse aprobado el texto del Anteproyecto no se sabría cuándo, exactamente cuándo, empezaría a correr la prescripción, al no saberse si los hechos que impiden la regularización se producirán y cuándo se producirán, lo que desde luego generaría una buena dosis de inseguridad. Además al interponerse denuncia o querrela, lo que ya impediría la regularización, se produciría la siguiente situación: el día de la interposición quedaría consumado el delito y en ese mismo día empezaría a correr la prescripción; además, sería el mismo día en el que el computo de tal prescripción se suspendería (art. 132.2 del Código Penal); finalmente, en el caso de que se dirigiese el procedimiento contra persona concreta, se retrotraería a ese mismo día la interrupción de la prescripción. En resumen, la prescripción empezaría, se suspendería y se interrumpiría el mismo día. Por otro lado, la redacción del Anteproyecto parecía consagrar la idea de que el delito se consuma, no cuando se haya producido el hecho defraudatorio, sino después y que tal consumación no se producirá hasta “que se pille” al delincuente por iniciarse actuaciones administrativas o judiciales. Además, el momento de la consumación quedaría en manos de la Administración, del Juez o del Fiscal, que con su actuación podrían precipitar la realización del segundo elemento del delito.

El texto del Proyecto y el finalmente aprobado para el art. 305.1 evitan los anteriores defectos, modificando la redacción que ahora dice: “*salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4*”. Hay que recordar que en la redacción derogada no había en el art. 305.1 ninguna referencia a la regularización y que el art. 305.4 consideraba que esa regularización era un supuesto de exención de pena (“quedará exento de responsabilidad el que regularice”), que la doctrina entendía como una excusa absolutoria. La redacción ahora aprobada, excepciona la pena en el art. 305.1 y no da calificación alguna a tal exención en el apartado 4, al definir la regularización, si bien al establecer su alcance a otros delitos (“*impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales*”) la considera un impedimento para la persecución. Queda claro que la regularización es un comportamiento postdelictivo y que la consumación del delito no queda

retrasada hasta que el sujeto es descubierto. La regularización queda como una excusa absolutoria. Siendo así no parece necesario modificar la antigua estructura y dicción de los apartados 1 y 4 en los términos en los que se ha hecho, salvo que el legislador quiera subrayar otro de los aspectos modificados: concretamente el que se refiere a que la regularización requiere del pago y no solo de la declaración veraz. En efecto, al definirse el concepto de regularización (art. 305.4), se quiere acabar con las dudas que existían sobre si la regularización se conformaba con la declaración veraz, sin exigirse el pago. La regulación vigente exige el pago de la deuda tributaria. Esta previsión era necesaria, pero para introducirla no era necesario modificar otros extremos de los apartados 1 y 4.

La nueva configuración del precepto parece querer dar a la regularización una naturaleza distinta a la de una excusa absolutoria, pero creo que no se consigue por más que en el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012 se diga lo siguiente:

“Una primera modificación ha consistido en configurar la regularización de la situación tributaria como el verdadero reverso del delito de manera que, con la regularización, resulte neutralizado no sólo el desvalor de la acción, con una declaración completa y veraz, sino también el desvalor del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria y no solamente de la cuota tributaria como ocurre actualmente.

Esta nueva configuración de la regularización hace que ésta guarde una relación de equivalencia práctica con el pago tempestivo del impuesto, tal y como han destacado tanto la Fiscalía General del Estado, como el Tribunal Supremo, que de forma muy expresiva se han referido a la regularización como el *pleno retorno a la legalidad* que pone fin a la lesión provisional del bien jurídico protegido producida por la defraudación consumada con el inicial incumplimiento de las obligaciones tributarias.

En coherencia con esta nueva configuración legal de la regularización tributaria como el reverso del delito que neutraliza completamente el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado, se considera que la regularización de la situación tributaria hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria y así se refleja en la nueva redacción del tipo delictivo que anuda a ese retorno a la legalidad la desaparición del reproche penal. Esta modificación se com-

plementa con la del apartado 4 relativa a la regularización suprimiendo las menciones que la conceptuaban como una excusa absolutoria”.

A pesar de lo anterior creo que la regularización recogida en la nueva redacción del art. 305 sigue siendo una excusa absolutoria que presupone la consumación y la afirmación del desvalor de acción y del desvalor del resultado, que no puede “neutralizarse”; tampoco cabe suponer “un pleno retorno a la legalidad” o afirmar que la regularización implica el “reverso del delito”. Estas expresiones son muy gráficas pero no alteran las categorías dogmáticas: consumado el delito, el mismo no puede “neutralizarse”, no siendo admisible que la regularización actúe como una especie de causa de justificación, ni que sea el “reverso del delito”, que lleve a la “plena legalidad”.

Por otro lado, se expresa en el Preámbulo que la reforma pretende “evitar la denuncia ante los Juzgados de aquellos obligados tributarios que han regularizado, de forma completa y voluntaria, su situación tributaria”. No creo que sea esta la razón por la que se rechaza —sin éxito— la naturaleza de excusa absolutoria, dado que acreditada la concurrencia de la regularización no es necesario seguir proceso y llegar a Sentencia para apreciar la excusa y carece de sentido denunciar al que ya ha regularizado, máxime si se tiene en cuenta que se exige expresamente el pago para tener la situación por regularizada, no conformándose el art. 305 con la declaración veraz.

Por lo que se refiere al requisito temporal, se mantiene el que se contemplaba en la legislación derogada, según el cual la regularización debe producirse antes de la notificación de las actuaciones de comprobación o investigación, antes de que exista denuncia o querrela o antes de que el juez o el Fiscal estén actuando.

Los efectos de la regularización se producen también cuando se procede al pago de la deuda tributaria estando ya prescrito el derecho de la Administración a determinarla, en concordancia con las previsiones del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se establecen las Medidas Tributarias y Administrativas dirigidas a la Reducción del Déficit Público (DEL ROSAL BLASCO 2012, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 2012). Este Real Decreto modifica los arts. 180.2 (“*los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Ad-*

*ministración a su determinación*”) y 221 de la Ley General Tributaria. Lo anterior es consecuencia de la doctrina según la cual la prescripción de las deudas tributarias a los cuatro años no tiene relevancia alguna en el plazo de prescripción del delito de cinco años, sin que quepa alegar falta de bien jurídico o atipicidad sobrevinida al finalizar el período en el que la Administración tiene derecho a determinar la deuda y a cobrarla, por entenderse que la norma tributaria no integra el tipo penal y que lo que se extingue a los cuatro años es la posibilidad de que Hacienda actúe, pero no la acción del Fiscal.

La regularización alcanza a las falsedades instrumentales y a las irregularidades contables conexas (una previsión como esta última falta en el Real Decreto-ley 12/2012), al igual que ocurría con la norma derogada. No se menciona el blanqueo de capitales lo que puede llevar a consecuencias llamativas si se sostiene —a mi entender erróneamente— que cabe delito de autoblanqueo referido a la cuota tributaria impagada (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 2012): habría responsabilidad por blanqueo aunque se hubiese regularizado, con lo que tendríamos un blanqueo referido a un delito subyacente respecto del que existe exención de pena o excusa absolutoria. Lo anterior carece de toda lógica, pero no debe resolverse extendiéndose la excusa al blanqueo sino rechazándose dos cosas: 1ª) la punición del autoblanqueo, 2ª) la consideración del delito fiscal como “actividad delictiva” a efectos de blanqueo.

2. Especial mención merece en la nueva regulación la no paralización de las actuaciones de liquidación y cobro por la existencia de un procedimiento penal.

En primer lugar, se considera que, aun existiendo indicios de delito, la Administración podrá proseguir con las actuaciones de liquidación y con el cobro de la deuda. La liquidación deberá en este caso hacerse separadamente para los conceptos y cuantías no relacionados con el posible delito fiscal y para los que sí tengan relación. Se indica que la liquidación no relacionada con el posible delito seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria; mientras que la liquidación vinculada al posible delito seguirá “*la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria*”, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal. El inciso entrecorillado parece hacer referencia a una futura legisla-

ción tributaria que hoy no existe, no aparece anunciada, y que permitiría conciliar la liquidación previa de la Administración con un posterior fallo judicial discordante. A falta de esa futura regulación, la que ahora contiene el art. 305.5 es bastante dudosa. Por otro lado, es llamativo que se establezca la existencia de dos cuotas: la “criminal” y la “no criminal”.

En segundo lugar, se establece que la actuación judicial no paraliza las actuaciones administrativas de liquidación y recaudación, salvo que el juez decrete la suspensión, previa prestación de garantía (o sin tal garantía o con garantía parcial ante la posibilidad de daños irreparables o de muy difícil reparación).

Se trata de una reforma de gran calado que genera algunas dudas sobre su viabilidad. De entrada, supone acabar con la preferencia o prioridad de la actuación de la jurisdicción penal frente a la Administración, o sea, con la prejudicialidad penal, quedando solo una vinculación “final” a lo que se decida en el proceso penal; además es claro que la liquidación hecha por la Administración no puede vincular al Juez y que una posible discrepancia en la determinación de la deuda no es admisible; a pesar de lo anterior, la regulación que se ha introducido permite que la Administración determine y cobre una deuda que después puede ser calculada como menor por el Juez o, incluso, declararse la inexistencia de la deuda. Por otro lado, si hay delito fiscal es evidente que el cálculo de la cuota defraudada debe hacerlo el Juez, y no la Administración. Una situación como la descrita se opone frontalmente a la idea de que un mismo hecho no puede tener dos respuestas distintas por parte de dos órganos del Estado.

Debe tenerse en cuenta que la Disposición Final Primera del Real Decreto-Ley 12/2012 modifica la Ley General Tributaria, introduciendo un nuevo apartado 2 en su art. 180 con el siguiente contenido:

“2. Si la Administración tributaria estimase que el obligado tributario, antes de que se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación, ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, la regularización practicada le exoneraría de su responsabilidad penal, aunque la infracción en su día cometida pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, y la Administración podrá continuar con el

procedimiento administrativo sin pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal.

*Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación”.*

En virtud del art. 180.2 transcrito la Administración no ha de pasar el tanto de culpa a la Jurisdicción si aprecia que se ha producido la regularización, con lo que acaba siendo la Administración quien aprecia la exención de responsabilidad penal. En virtud del art. 305.6, la Administración no ha de paralizar su actuación aunque esté conociendo el Juez penal. Es decir, se acaba en esta materia con las reglas que siempre han regido para regular la relación entre la Administración y la Jurisdicción penal en materia sancionadora y que siguen existiendo en otros ámbitos.

La regulación aprobada para el delito fiscal y el nuevo art. 180.2 de la Ley General Tributaria son pasos que se inscriben en la tesis mantenida por algunos de que la cuota tributaria relevante para el delito fiscal debe establecerse por la Agencia Tributaria y no por el juez penal, admitiéndose el paralelismo procedimental y, en última instancia, las “dos verdades”.

## BIBLIOGRAFÍA

- DEL ROSAL BLASCO, B., “Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectiva ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal”, en *La Ley*, núm. 7997, 2013.
- DEL ROSAL BLASCO, B., “Reflexiones de urgencia sobre la trascendencia penal de la regularización fiscal extraordinaria del Real Decreto-Ley 12/2012), en *La Ley*, núm. 7893, 2012.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Regularización fiscal y responsabilidad penal. La propuesta de modificación del delito fiscal”, en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 12, 2012, pp. 210-229.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Un matrimonio de conveniencia: blanqueo de capitales y delito fiscal”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 37, 2012, pp. 9-41.

## 18.3. Delitos contra la Hacienda Pública: Art. 305.4 CP

JAVIER GÓMEZ LANZ

Profesor Propio Adjunto de Derecho Penal  
Universidad Pontificia Comillas-ICADE

---

*ART. 305 (conforme a la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre)*

### I. TEXTO ANTERIOR A LA LEY ORGÁNICA 7/2012 (EN VIGOR HASTA EL 17 DE ENERO DE 2013)

Art. 305:

*“1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.*

*Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

*a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario.*

*b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o puede afectar a una pluralidad de obligados tributarios.*

*Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.*

*(...)*

*4. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determina-*

*ción de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*

*La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.”*

## **II. TEXTO CONFORME A LA LEY ORGÁNICA 7/2012 (EN VIGOR DESDE EL 17 DE ENERO DE 2013)**

Art. 305:

*“1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que se hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.*

*La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.*

*Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.*

*(...)*

*4. Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización, o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el*

*Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*

*Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.*

*La regularización por el obligado tributario de su situación tributaria impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 305:

*“1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.*

*La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.*

*Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.*

(...)

*4. Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización, o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o*

*denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*

*La regularización de la situación tributaria en los términos descritos en el párrafo anterior determinará la extinción de la responsabilidad criminal del autor del delito por la defraudación de la deuda tributaria objeto de regularización. Este efecto se producirá igualmente en los casos en los que el obligado satisfaga deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.*

*La regularización por el obligado tributario de su situación tributaria determinará también la extinción de su responsabilidad criminal por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.”*

#### IV. MOTIVACIÓN

La redacción propuesta persigue configurar la regularización de la situación tributaria como una causa específica de extinción de la responsabilidad penal. En consecuencia, se propone la modificación del tenor del precepto que recoge la Ley Orgánica 7/2012, eliminando las referencias que procuraban su caracterización como una suerte de causa postdelictiva de exclusión del injusto penal y explicitando simultáneamente sus efectos extintivos de la responsabilidad criminal.

Toda vez que el efecto jurídico asociado a la regularización es la desaparición de la posibilidad de punición, es preferible configurar tal institución como una causa adicional de extinción de la responsabilidad criminal, específicamente asociada al delito de defraudación tributaria del art. 305 CP. La alternativa recogida por la Ley Orgánica 7/2012 conduce bien a una paradoja lógica, bien a un uso irregular de términos y categorías asentados tanto en la práctica judicial como en la dogmática jurídico-penal.

**Notas críticas sobre la redacción dada al Art. 305 CP  
en la Ley Orgánica 7/2012**

Como se señala en el Preámbulo, la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, asume *de lege lata* la tesis mayoritaria (recogida, por ejemplo, por la Circular 2/2009 de la Fiscalía General del Estado) que considera la regularización de la situación tributaria como una excusa absolutoria que excluye la punibilidad de la conducta del autor del injusto penal culpable. No obstante, al hilo del nuevo presupuesto requerido para la regularización (el abono completo de la deuda tributaria), el proyecto pretende dotar a la regularización tributaria de una “nueva configuración legal” como actuación que “hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria”. Varía, así, la posición original adoptada en el Anteproyecto, que la presentaba como un elemento negativo del tipo (al supeditar la consumación de la conducta típica a la ausencia de regularización) y que generaba problemas, puestos ya de manifiesto en el Informe del Consejo General del Poder Judicial, en relación con la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción del delito.

Dos son las razones que el Preámbulo aduce para este cambio y dos también son las modificaciones que la Ley Orgánica incorpora al art. 305 CP para llevar aquél a efecto.

Respecto de las primeras, se apunta por un lado (i) que el abono completo de la deuda tributaria supone la “neutralización” del desvalor de resultado de la conducta delictiva, el “pleno retorno a la legalidad” y el fin de la “lesión provisional del bien jurídico protegido”, por lo que, a juicio del legislador, es coherente configurar la regularización como un supuesto de desaparición *ex post* del injusto penal. Por otro, se señala que con este cambio se persigue asimismo (ii) “evitar la denuncia ante los Juzgados de aquellos obligados tributarios que han regularizado, de forma completa y voluntaria, su situación tributaria”.

A tal efecto, (i) se precisa *in fine* del primer párrafo del art. 305.1 CP que la defraudación será castigada con la pena prevista “salvo que (*el sujeto activo*) hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo”, y (ii) se suprimen en el art. 305.4 CP las referencias a que el sujeto que regularice “quedará exento de res-

ponsabilidad penal” y se omite la calificación de la regularización como supuesto de “exención de responsabilidad penal”.

Probablemente, sin la referencia al Preámbulo, estos cambios en la redacción de los apartados 1 y 4 del art. 305 CP no serían suficientes por sí mismos para propiciar una variación en la determinación del efecto penal de la regularización. Por una parte, la supresión de la mención a la “exención” de responsabilidad penal en el art. 305.4 CP priva de un argumento muy importante a la tesis que aboga por su consideración como excusa absolutoria, pero ello no conduce ineludiblemente a su caracterización como causa de exclusión del injusto ni perjudica la viabilidad de la propuesta aquí formulada de otorgar a la regularización efectos extintivos de la responsabilidad penal. Por otra, la referencia final que la Ley Orgánica 7/2012 añade al párrafo primero del art. 305.1 CP tampoco resulta concluyente: en rigor, implica sólo que la conducta típica no será castigada si se ha producido la regularización en los términos legalmente previstos, afirmación perfectamente compatible con cualquiera de las distintas configuraciones planteadas.

No obstante, es indudable que el Preámbulo constituye a este respecto una expresión razonablemente precisa de las intenciones comunicativas del legislador (esto es, de lo que el legislador “quiere decir” en los enunciados legales penales que ha alterado) y que, en cuanto tal, emerge como elemento interpretativo de importancia fundamental en tanto que configura de modo elocuente el contexto de uso del art. 305 CP.

Pero, más allá de la mayor o menor correspondencia entre el tenor recogido en la Ley Orgánica 7/2012 y la finalidad perseguida por el legislador, lo que realmente cabe poner en cuestión es el acierto material de la decisión legislativa: en este sentido, resultan discutibles tanto la propia configuración a la que se pretende ajustar la institución como su conexión con las razones que se invocan para adoptar tal configuración.

En este terreno, lo único que escapa realmente a la controversia es que la regularización es un comportamiento que el sujeto activo realiza con posterioridad a la consumación de la infracción penal y, por tanto, cuando ya ha incurrido en responsabilidad penal. La ejecución de la acción típica constituye, según el Código Penal español, el momento característico en el que deben concurrir los elementos que permiten hablar de una infracción penal y, por consiguiente, el momento en el que surge

la responsabilidad penal del individuo responsable de esa acción. De este modo, la conducta típica y no justificada es ya, desde el momento de su consumación, un ilícito penal.

¿Qué efectos puede tener sobre tal ilicitud penal una conducta posterior a la comisión del delito? Sin duda, el legislador puede establecer que un comportamiento tal priva de efectos a la ilicitud penal preexistente, es decir, que desaparecen —desde el momento de producción del hecho ulterior— los efectos que la ley apareja a la comisión del ilícito y, en particular, el cese de su operatividad como presupuesto de la responsabilidad penal. ¿Puede el legislador estipular que la concurrencia de un hecho posterior “hace desaparecer el injusto” entendiéndose por esta expresión que el injusto penal nunca existió? A mi juicio, sin duda, no, porque ello supondría vulnerar el principio de no contradicción (supondría afirmar que el injusto penal existió y no existió al mismo tiempo) que, como principio formal del discurso racional, vincula al legislador. Tal vez se pueda interpretar que al aludir a la “desaparición del injusto” por un hecho ulterior el legislador no apunta a una suerte de anulación retroactiva de tal condición, sino sólo a que la ilicitud existente hasta la regularización deja de existir desde que ésta se produce. Pero, por una parte, esta interpretación no permite alcanzar los efectos que persigue el legislador —como después se verá— y, por otra, hace de tal “desaparición del injusto” una institución imposible de discernir de la extinción de la responsabilidad penal, pues ambas implican sin más el fin de la posibilidad de que el Estado dirija el *ius puniendi* (en sus facetas judicial y ejecutiva) contra el responsable del injusto penal.

Cabe adicionalmente apuntar que la “equivalencia” con el pago tempestivo del impuesto, a la que alude el Preámbulo, no es ni puede ser equivalencia natural o material, sino equivalencia de efectos jurídicos; la propia expresión empleada en el Preámbulo (“pleno retorno a la legalidad”) evidencia que se incurrió en la situación de responsabilidad penal y se salió de ella: por eso hay un “retorno”, como acontece precisamente en las causas de extinción de la responsabilidad criminal. Nada aportan, a este respecto, las referencias del legislador en el Preámbulo a la neutralización del desvalor de resultado y al fin de la lesión provisional (*sic*) del bien jurídico protegido. La efectiva producción de estos efectos no sólo no conduce necesariamente a una determinada caracterización de la ins-

titución, sino que ni siquiera entraña ineludiblemente la exclusión general de responsabilidad penal: en delitos patrimoniales como la estafa, la “regularización” que neutraliza el desvalor de resultado (que, por cierto, no pone fin a una lesión provisional del bien jurídico, sino que remedia una lesión definitiva de tal bien) tiene efectos meramente atenuantes.

Creo, pues, que, con independencia del juicio positivo que, en mi opinión, merece la redefinición material de la regularización (en cuanto afecta a los requisitos necesarios para que aquélla se produzcan), toda vez que el efecto jurídico asociado a la regularización es la desaparición de la posibilidad de punición, es preferible configurar tal institución como una causa adicional de extinción de la responsabilidad criminal. Una causa, por supuesto, que, a diferencia de las recogidas en el art. 130 CP, no tendría carácter general, sino que estaría específicamente asociada al delito de defraudación tributaria del art. 305 CP. Como ya se ha apuntado en la motivación, la alternativa recogida por la Ley Orgánica conduce bien a una paradoja lógica, bien a un uso irregular de términos y categorías asentados tanto en la práctica judicial como en la dogmática jurídico-penal.

Con ello, la Ley Orgánica pretende previsiblemente aproximar la caracterización penal de la regularización a su consideración en el ámbito jurídico-tributario, donde es general su identificación con un elemento negativo del “tipo” de la infracción tributaria consistente en la falta de ingreso de la deuda tributaria resultante de una autoliquidación (tesis que es coherente con el art. 191.1 de la Ley General Tributaria que señala que “constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo, *salvo que se regularice*[...]”, pero no, como se ha visto, con el tenor vigente del art. 305.1 CP, en el que la regularización no es una excepción a la definición de la infracción penal, sino una excepción a la previsión de la sanción penal).

No obstante, la explicación más probable de la opción adoptada por la Ley Orgánica está conectada con la segunda de las razones que aparece mencionada en el Preámbulo. Al comienzo de éste, al referir los objetivos generales de la revisión de los delitos contra la Hacienda Pública, se explicita el propósito (ya antes referido) de evitar la denuncia de quie-

nes regularizan. Si se piensa en la denuncia por la defraudación tributaria cometida, difícil es identificar la trascendencia que a este respecto puede tener la configuración técnica de la regularización: ya se considere una causa de exclusión de la punibilidad, una causa de extinción de la responsabilidad penal o una “causa postdelictiva de exclusión del injusto”, la efectiva acreditación de su concurrencia con las exigencias legales sería argumento suficiente para que la Agencia Tributaria se abstuviera de presentar cualquier denuncia.

Más, probablemente, la denuncia en la que se está pensado no tiene por objeto la defraudación tributaria, sino el eventual blanqueo de capitales del art. 301.1 CP. Como es sabido, desde la entrada en vigor de la LO 5/2010, el art. 301.1 CP incrimina, entre otras, como blanqueo de capitales (y ya con este *nomen iuris*) la conducta de quien posee o utiliza bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona. Esta redacción permite, sin forzar en modo alguno la interpretación, afirmar que el delito fiscal puede ser la “actividad delictiva” previa que genere el bien (devoluciones indebidas o cuotas defraudadas) objeto del posterior blanqueo. Esta tesis se ve reforzada por el tenor del art. 1.2 de la Ley 10/2010, de 28 abril, sobre la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, conforme al cual “la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la hacienda pública” debe considerarse un bien procedente de una actividad delictiva a efectos del delito de blanqueo.

Esta tesis —la posibilidad de que el delito fiscal sea la actividad delictiva antecedente al blanqueo— era tradicionalmente postulada por la Fiscalía General del Estado y la Agencia Tributaria en contra de la opinión mayoritaria en la doctrina, que invocaba a tal respecto, entre otros argumentos, el carácter lícito de la posesión original de los bienes (en particular, en el caso de las cuotas eludidas) y, como consecuencia de esto, la ausencia de nexo causal propiamente dicho entre la conducta típica y la generación del bien (nexo causal que constituye un elemento típico del art. 301.1 CP en cuanto exige que los bienes “tengan origen en” una actividad delictiva).

Las consecuencias de admitir esta posibilidad —que parece factible a la luz del tenor vigente tanto de la Ley 10/2010 como del art. 301.1 CP— son todavía más significativas tras la punición en este último de

la “posesión” y del “autoblanqueo” como formas de comisión del delito, porque ello puede llevar a sostener que:

(i) quien comete cualquier delito fiscal (en rigor, cualquier delito patrimonial) es, desde el momento siguiente a la consumación, y en tanto posea los bienes objeto del delito, autor también siempre de un delito de blanqueo; y

(ii) que el delito de blanqueo es imprescriptible en la modalidad de posesión, imprescriptibilidad que, en virtud de la regla establecida en el art. 131.5 CP (para los concursos reales de delitos), se extendería también al delito fiscal previo, aunque hubiera transcurrido el plazo de prescripción señalado separadamente para este último.

Si esto es así, cabría defender que la regularización del art. 305.4 CP puede constituir (siempre, claro está, que la cuota defraudada hubiera superado los 120.000 €) una autodenuncia del delito de blanqueo de capitales consiguiente a la comisión del delito fiscal. La interpretación amplia de la expresión “actividad delictiva” realizada por la Sala 2ª en recientes sentencias (por ejemplo, la STS 28-1-2010, en la que no se exige la condena por el delito previo) podría llevar a considerar como tal una defraudación tributaria regularizada entendiéndose que la exclusión de punibilidad o la extinción de responsabilidad penal no son óbice para su consideración como una actividad delictiva a efectos del art. 301.1 CP. La desaparición retroactiva de la ilicitud penal que el proyecto pretende anudar a la regularización permitiría impugnar con mayor fortaleza tal calificación como “actividad delictiva”.

Ahora bien, si es éste, según creo, el auténtico propósito de la Ley Orgánica, más razonable resultaría explicitar el carácter extintivo de la responsabilidad criminal de la regularización (como aquí se postula) y, o bien extender sus efectos al eventual delito de blanqueo derivado de la posesión (hasta el momento de la regularización) de las cuotas defraudadas, o bien —opción que creo preferible— la modificación del art. 301.1 CP para restringir a supuestos de actividades delictivas previas de singular gravedad (como el tráfico de drogas) los supuestos típicos de autoblanqueo a través de la simple posesión o de la mera utilización de bienes con origen delictivo. Se evitaría de este modo el evidente exceso punitivo —y probable *bis in idem*— que derivaría de la sanción penal como blanqueo de la mera posesión, incluso transitoria, de la cuota de-

fraudada. Exceso, punitivo que, en otro orden de cosas, aparece también exacerbado con la previsión expresa en el párrafo 2º del art. 257.3 del Anteproyecto de una sanción penal considerablemente agravada (y acumulable, en su caso, a la derivada del art. 305 CP) para el defraudador que, en fase de ejecución de la deuda tributaria, realiza actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones para dilatar, dificultar o impedir la eficacia del procedimiento de apremio.

## 18.4. Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (Art. 307 ter)

**JUAN M. TERRADILLOS BASOCO**

*Catedrático de Derecho penal*

*Universidad de Cádiz*

---

### *ART. 307 ter.1*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*“1. Quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión.*

*Cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo.*

*Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años”.*

#### **II. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*«1. Quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública superior a 50.000 €, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión o multa del doble al séxtuplo.*

*Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, con excepción de las pres-*

*taciones del Sistema de la Seguridad Social a que tuviere derecho, durante el período de tres a seis años”.*

### III. MOTIVACIÓN

A)

La LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, consagra, en la redacción que da al art. 307 ter, una alternativa político-criminal profundamente discriminatoria.

En efecto, el sujeto activo del delito de defraudaciones a la Seguridad Social del art. 307 solo lo puede ser el empresario, mientras que en el 307 ter, de ordinario, lo será el trabajador. Ese elemento diferencial, de carácter personal, ha llevado al legislador a criminalizar la obtención o el disfrute indebido de prestaciones de la Seguridad Social, tipificando conductas hasta ahora consideradas infracciones de naturaleza administrativa.

La Exposición de Motivos explica la decisión criminalizadora: la obtención fraudulenta de la prestación de desempleo venía siendo considerada, no sin polémica, fraude de subvenciones, solo delictivo cuando, a tenor del art. 308, superara los ciento veinte mil euros. Dado que las prestaciones susceptibles de obtención o disfrute indebido por parte de los trabajadores —en activo o, más frecuentemente, desempleados— quedaban, por su escasa cuantía, por debajo de ese límite, se le planteaban al legislador dos opciones; o confiar las infracciones de bagatela al orden sancionador administrativo o criminalizar comportamientos de mínima lesividad a condición de que su responsable fuese trabajador o pensionista. La LO 7/2012 se ha decantado por esta segunda posibilidad.

B)

La enmienda propone inicialmente la inclusión de una condición objetiva de punibilidad. La conducta solo puede ser típica a partir de un perjuicio a la Seguridad Social de cincuenta mil euros.

La introducción de un límite que permita distinguir entre lo infraccional administrativo y lo penalmente relevante es imprescindible, si no se quiere llegar al resultado de criminalizar toda infracción en este ámbito. Lo que no es de recibo cuando el ordenamiento laboral ya prevé, para estos casos, el reintegro de lo percibido, la pérdida del derecho y sanciones pecuniarias. La LO 7/2012 supone la derogación, no confesada por el legislador, de toda esta normativa.

Por otra parte, la introducción de esta condición de punibilidad es la técnica seguida por el CP en los tipos defraudatorios, especialmente en los del Título XIV del Libro II —“De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”—, en el que se integra el nuevo art. 307 bis.

Es imprescindible poner un límite también por razones jurídico-políticas, vinculadas al principio constitucional de igualdad, que queda en entredicho cuando se criminalizan conductas defraudatorias del empleador contra la Seguridad Social solo si la cuantía de lo defraudado supera los cincuenta mil euros (art. 307) y conductas defraudatorias de trabajadores y pensionistas contra la Seguridad Social cualquiera que sea la cuantía de lo defraudado. El art. 307 ter.1 es, en este punto, palmario ejemplo no ya de Derecho penal de autor, sino de Derecho penal de clase.

C)

El párrafo segundo del art. 307 ter.1 queda suprimido, por cuanto las conductas que contempla quedan confiadas, en coherencia con la enmienda al párrafo primero, al Derecho administrativo sancionador.

D)

La enmienda propone una pena alternativa, de prisión y multa, abriendo así posibilidades a que el juzgador valore la constelación de circunstancias concurrentes en cada caso, realizando una auténtica individualización judicial —que tantas veces le resulta hurtada por el legislador—, con margen para que la pena pueda ajustarse a las exigencias del principio de proporcionalidad.

La pena de prisión no debe exceder de dos años, dada la escasa lesividad de la conducta. Las defraudaciones superiores a ciento veinte mil

euros, constituyen una modalidad agravada (ver enmienda a art. 307 ter.2), y, en consecuencia, son acreedoras de pena superior.

Por otra parte, para evitar interpretaciones constitucionalmente no admisibles, se deja constancia de que “*la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social*”, no puede afectar a las prestaciones a las que el trabajador o pensionista tuviere derecho. No sería admisible entender que el condenado por este delito pudiera verse privado de prestaciones de desempleo o de la asistencia sanitaria. Por otra parte hay que observar que el art. 307 permite privar al empresario defraudador solo de los beneficios o incentivos que van más allá de lo que puede exigir del Sistema de Seguridad Social. No sería sino burda manifestación, una vez más, de Derecho penal de autor, entender que en el caso de trabajadores y pensionistas la respuesta penal debe ser más afflictiva.

### *ART. 307 ter.2*

## I. TEXTO VIGENTE

*“2. Cuando el valor de las prestaciones fuera superior a cincuenta mil euros o hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias a que se refieren las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 307 bis, se impondrá una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo.*

*En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años”.*

## II. PROPUESTA ALTERNATIVA

*“2. Cuando el valor de las prestaciones fuera superior a ciento veinte mil euros se impondrá una pena de prisión de dos a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo. Si hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias a que se refieren las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 307 bis, la pena de prisión será de dos a seis años.*

*En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho*

*a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, con excepción de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social a que tuviere derecho, durante el período de cuatro a ocho años”.*

### III. MOTIVACIÓN

En coherencia con la enmienda presentada al art. 307 ter.1, que exige en el tipo básico una defraudación superior a cincuenta mil euros, se fija la agravación en una cifra superior, ciento veinte mil. Lo que, por otra parte, se corresponde con la agravante paralela del art. 307 bis, para el caso en que el autor de la defraudación sea un empresario.

La pena de prisión, por razones de proporcionalidad, no puede exceder de cuatro años cuando la agravación se fundamente únicamente en la cuantía.

#### *ART. 307 ter.3*

### I. TEXTO VIGENTE

*“3. Quedará exento de responsabilidad criminal en relación con las conductas descritas en los apartados anteriores el que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*

*La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a las prestaciones defraudadas objeto de reintegro, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”.*

## II. PROPUESTA ALTERNATIVA

*“3. Quedará exento de responsabilidad criminal en relación con las conductas descritas en los apartados anteriores el que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*

*La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a las prestaciones defraudadas objeto de reintegro, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”.*

## III. MOTIVACIÓN

La regularización debe quedar condicionada al reconocimiento y pago de la deuda originada por la obtención indebida de prestaciones. Incrementar la obligación de reintegro con el pago del interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales es decisión legislativa sin precedentes, manifestación de encarnizamiento punitivo y de política criminal discriminatoria, por cuanto la regularización del empresario defraudador queda condicionada, en el art. 307, únicamente al *“reconocimiento y pago de la deuda”*.

### *ART. 307 ter.4*

## I. TEXTO VIGENTE

*“4. La existencia de un procedimiento penal por alguno de los delitos de los apartados 1 y 2 de este artículo, no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las prestaciones indebidamente obtenidas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá*

*fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal.*

*El procedimiento penal tampoco paralizará la acción de cobro de la Administración competente, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. Si no se pudiere prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciarse que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación”.*

## II. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión.*

## III. MOTIVACIÓN

La derogación del régimen general de concurrencia de procedimiento sancionador administrativo y de procedimiento jurisdiccional penal no presenta ninguna ventaja aparente, y sí muchos inconvenientes, derivados de la posibilidad cierta de pronunciamiento distintos en ambos planos. Por no hablar de las conocidas perversiones del proceso penal cuando previamente se ha sustanciado un expediente administrativo en el que el presunto infractor puede facilitar pruebas o reconocer hechos determinantes, *de facto*, del sentido de la decisión penal, vaciándose así de contenido tanto la presunción de inocencia como el derecho al debido proceso.

### *ART. 307 ter.6*

## I. TEXTO VIGENTE

*“6. Resultará aplicable a los supuestos regulados en este artículo lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 307 del Código Penal”.*

## II. PROPUESTA ALTERNATIVA

*“6. Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado frente a la Seguridad Social o al responsable del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga, en su caso, la deuda con la Seguridad Social y reconozca judicialmente los hechos”.*

## III. MOTIVACIÓN

La remisión, *in totum*, al apartado 5 del art. 307 es acreedora de críticas.

La enmienda propone mantener la atenuación que prevé el precepto para los casos de colaboración y reparación, por obvias razones político-criminales ya presentes en el art. 21 CP.

Lo que no tiene sentido es limitar la atenuación a los autores. Extenderla a otros sujetos penalmente responsables respondería a las mismas razones político-criminales. Ciertamente es que, si no son deudores, no pueden satisfacer la deuda, sino, simplemente, reconocer judicialmente los hechos: lo que debe bastar para apreciar la atenuante específica, ya que ese reconocimiento facilita la identificación y cobro de la deuda, que es lo que parece estar en la lógica —recaudatoria— del precepto.

No conviene, por el contrario, premiar la delación, tal como pretende la segunda parte del art. 307.5, al que se remite el 307 ter.6. Basta para el logro de los objetivos buscados con que el responsable reconozca judicialmente los hechos. Y no es recomendable extender las excepcionales disposiciones premiales —que a duras penas encuentran justificación en otros ámbitos de criminalidad— a manifestaciones delictivas no violentas y de mínima lesividad, sin que estudio criminológico alguno avale su idoneidad.

# 19. INMIGRACIÓN CLANDESTINA

**PATRICIA LAURENZO COPELLO**

*Catedrática de Derecho Penal*

*Universidad de Málaga*

---

## I. TEXTO VIGENTE

*Art. 318 bis*

*1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.*

*2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.*

*3. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

*4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.*

*Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.*

*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.*

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*

*5. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.*

## **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 318 bis*

*1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en el territorio de otro Estado miembro o a transitar a través del mismo vulnerando la legislación de dicho Estado sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses y prisión de seis meses a dos años.*

*El Ministerio Fiscal podrá abstenerse de acusar por este delito cuando el objetivo perseguido fuera únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.*

*Si los hechos se hubieren cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.*

*2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, vulnerando la legislación de dicho Estado sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de seis meses a dos años.*

*3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

*a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.*

*b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 de este Código.*

*4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

*5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.*

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33.*

*6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.*

*7. En estos casos podrá además imponerse la medida de libertad vigilada.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión del artículo.*

### IV. MOTIVACIÓN

#### ***IV.1. Falta de un bien jurídico con entidad suficiente para la intervención penal***

La deliberada confusión legislativa entre las figuras de trata de seres humanos e inmigración clandestina que se mantuvo hasta la introducción del art. 177 bis por la LO 5/2010 favoreció la justificación en bloque del recurso al derecho penal para frenar los movimientos migratorios en condiciones de irregularidad administrativa. Con la excusa de tutelar “los derechos de los ciudadanos extranjeros” se desarrolló un sistema punitivo severo que criminaliza con contundencia cualquier ayuda a la inmigración irregular, haciéndole más costoso y difícil a los migrantes el logro de su objetivo de asentarse en territorio de la Unión Europea.

La tipificación autónoma de la trata de seres humanos dejó al descubierto, sin embargo, que el auténtico objetivo de la punición de las conductas de promoción y favorecimiento de la inmigración clandestina, lejos de atender a los derechos de los ciudadanos extranjeros, se centra en la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, como reconoció el propio legislador en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 y hoy admite de forma generalizada —aunque con importantes matices— la jurisprudencia (p.ej. SSTS 569/2006, de 19 de mayo; 153/2007, de 28 de febrero; 466/2012, de 28 de mayo). El texto del Anteproyecto responde claramente a esta idea al poner bajo

pena toda ayuda a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la UE a entrar, transitar o permanecer en territorio comunitario (en este último caso con ánimo de lucro) vulnerando la legislación de extranjería, sin supeditar la ilicitud penal —al menos en el tipo básico— a circunstancias reveladoras de un trato denigrante o abusivo hacia el inmigrante.

Así las cosas, cabe preguntarse si el interés estatal en reforzar las normas administrativas sobre entrada y permanencia de extranjeros es suficiente para justificar la intervención penal. Para el prelegislador la respuesta afirmativa a esta cuestión viene de la mano de las exigencias de la normativa europea, que ciertamente apunta en esta línea en la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946/JAI, a las que remite la Exposición de Motivos del Anteproyecto. Pero la tendencia securitaria y punitivista de la regulación europea en materia migratoria no es argumento suficiente para dotar de legitimidad material un precepto de derecho interno. Ya hace tiempo que la doctrina viene denunciando los derroteros discriminatorios de la política europea en esta materia, marcada por la consideración de los ciudadanos de otras latitudes como mera fuerza de trabajo de segunda categoría, manipulable en función de su mayor o menor utilidad económica. Y tampoco la jurisprudencia se ha quedado atrás, al consolidar una interpretación del actual artículo 318 bis que más allá de la infracción de las leyes administrativas, exige al menos algún tipo de afectación, siquiera sea remota, de los bienes jurídicos de los propios ciudadanos extranjeros, hasta el punto de dejar fuera del tipo, por ausencia de antijuridicidad material, los actos de colaboración que tiendan a mejorar su estatus en territorio español (SSTS 1378/2011, de 14 de diciembre; 212/2012, de 9 de marzo).

El control de las migraciones es una prerrogativa indiscutible de un Estado soberano, pero ello no significa que sea suficiente para justificar el recurso al derecho penal. La política de entrada y permanencia de extranjeros forma parte de la organización administrativa del Estado y es en ese ámbito en el que debe desarrollarse y plasmar sus condiciones. De hecho, el artículo 54.1.b) de la Ley de Extranjería (LO 4/2000) ya sanciona como infracción muy grave los actos de favorecimiento —con ánimo de lucro— de la inmigración clandestina y la permanencia irregular de extranjeros. Elevar sin más esas conductas a la categoría de ilícito

penal no está justificado y menos aun cuando se extiende la prohibición penal más allá de lo que llega el derecho administrativo (en el Anteproyecto el tipo básico de ayuda a la entrada y tránsito de extranjeros no requiere siquiera el ánimo de lucro). El hecho de que se atemperen notablemente las penas (de la actual pena básica de cuatro a ocho años de prisión se pasa a una pena alternativa de prisión de seis meses a dos años o multa) no cambia en nada las cosas ya que la ilegitimidad de este delito no reside —solo— en la evidente desproporción de las sanciones actuales sino, sobre todo, en la ausencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal. Y de poco sirve ya la supervivencia de la denominación del *Título XV bis* como “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, ya que la coartada de presentar como víctimas a los propios migrantes se difumina desde el momento en el que el tipo parte de su pleno consentimiento para el traslado cuando no, como refleja la acción de “ayudar”, de su propia iniciativa a la hora de buscar esa colaboración criminalizada para la entrada y permanencia en territorio comunitario.

Todo ello me lleva al convencimiento de que en un derecho penal democrático y respetuoso del principio de intervención mínima no tiene cabida un delito que criminalice los actos de colaboración con la entrada y permanencia de extranjeros no comunitarios en territorio español. La política migratoria del Estado es tarea del derecho administrativo y en ese ámbito deben desarrollarse sus prohibiciones y sanciones. Ciertamente en la actualidad existen migraciones coactivas en las que las personas son instrumentalizadas en función de fines espurios, pero la mayoría de esos casos quedan captados por el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis). Una vez desgajadas las situaciones de falta de consentimiento o consentimiento viciado, la coartada de la tutela de los derechos de los inmigrantes pierde sustento y ya solo puede convencer a quienes comparten la premisa ideológica de la inferioridad intrínseca de los extranjeros provenientes de otras culturas. Solo cuando el traslado se produce en condiciones peligrosas para la vida o integridad que el extranjero no ha podido asumir plenamente habrá sustento para la intervención penal y para eso están ya los tipos generales, en particular, los delitos de homicidio y de lesiones en su forma imprudente o doloso eventual.

## *IV.2. Algunas modificaciones imprescindibles*

Con todo, si a pesar de la evidente inconsistencia del bien jurídico supraindividual al que ahora se apela abiertamente, prevaleciera el argumento de la armonización europea como excusa para mantener una figura penal relacionada con la inmigración clandestina, conviene hacer algunas observaciones mínimas al Anteproyecto cuya redacción actual resulta a todas luces excesiva y técnicamente inaceptable.

Es bueno recordar, ante todo, la necesidad de dejar un espacio suficiente a las infracciones administrativas, reservando el artículo 318 bis, en su caso, para supuestos de movimientos migratorios a gran escala que al menos perturben de modo significativo la política oficial sobre entrada de ciudadanos extranjeros. Sin olvidar, además, el necesario vínculo, siquiera sea remoto, como dice la jurisprudencia, con los intereses de los propios inmigrantes. De todo ello resultan las siguientes propuestas de modificación.

a) No se justifica bajo ninguna circunstancia la ampliación del delito a conductas de ayuda para *transitar* a través de un Estado miembro de la UE o para *permanecer* en él contraviniendo la legislación sobre tránsito o estancia de extranjeros que estén desvinculadas del paso transfronterizo en condiciones de ilegalidad. Estos supuestos están suficientemente sancionados por vía administrativa y ahí han de permanecer ya que ni siquiera perturban de forma directa el interés estatal de contención de la inmigración clandestina. Por tanto, debería suprimirse el apartado 2 del Anteproyecto y limitarse, en su caso, la conducta punible del apartado 1 a la “ayuda a entrar” en territorio español en condiciones de irregularidad administrativa.

b) Tampoco se justifica la ampliación desmedida del tipo al pretender abarcar los actos de colaboración para la entrada *en cualquier Estado* de la Unión Europea, otorgando al delito un alcance territorial inadmisibles desde el punto de vista de la soberanía interna de los otros Estados. Por eso debería incorporarse una referencia al territorio español como punto de ingreso del inmigrante.

c) En atención al necesario vínculo que ha de establecerse con los derechos de los propios migrantes —tal como se infiere de la denominación del Título y de la asentada doctrina jurisprudencial— no se

justifica en ningún caso la penalización de *conductas altruistas* de ayuda a los inmigrantes que, lejos de perjudicarlos, tienden a favorecer su situación personal. Además, como bien ha dicho la jurisprudencia, las ayudas altruistas aisladas son totalmente inocuas porque ni siquiera ponen en peligro la política migratoria del Estado (SSTS 545/2006, 479/2006; 466/2012), careciendo del mínimo de lesividad exigible, incluso desde el punto de vista del bien jurídico supraindividual, para dotar de fundamento a la prohibición penal. Todos los casos de promoción solidaria de la inmigración deben quedar, pues, al margen del derecho penal por falta de fundamento material para su criminalización. Y para ello no basta con el insólito e insuficiente reconocimiento del principio de oportunidad reglada que el Anteproyecto concede al Ministerio Fiscal en casos de “ayuda humanitaria”. La propia Directiva 2002/90/CE (art. 1.2) deja un margen mucho mayor al permitir que un Estado miembro, “en aplicación de su legislación interna y de sus prácticas nacionales”, no imponga sanción alguna a los actos de ayuda humanitaria. Si, como viene siendo habitual, esta ayuda se identifica con la colaboración altruista y obviamente ajena a la criminalidad organizada, bastaría con incluir el *ánimo de lucro* como exigencia del tipo básico para dejar automáticamente fuera todas las formas de ayuda solidaria. Con ello se alcanza, además, un mínimo de coherencia con la infracción administrativa del art. 54.1 b) de la LEX (que requiere este elemento subjetivo).

d) La exigencia de que el autor *forme parte de una organización* dedicada al paso clandestino de migrantes, que en el Anteproyecto figura como circunstancia agravante, debería incorporarse al tipo básico con el fin de dotar a la conducta de un mínimo de lesividad al menos desde el punto de vista del discutible interés estatal en el control de los flujos migratorios. Y ello porque solo las migraciones irregulares a gran escala pueden hacer peligrar la política estatal en materia de entrada de extranjeros.

e) Deben revisarse a la baja en todo caso las penas de las formas agravadas contempladas en el apartado 3 para establecer una progresión punitiva más razonable con las penas del tipo básico. La Decisión Marco 2002/946/JAI permite establecer el límite máximo de la pena agravada en seis años si así lo exige “la coherencia del régimen sancionador nacio-

nal” (art. 1.4), por lo que podría establecerse para estos casos una pena de prisión de dos a seis años sin desobedecer con ello la normativa europea.

f) Tratándose de conductas íntimamente relacionadas con la simple infracción de normas administrativas, bajo ninguna circunstancia se justifica la medida de libertad vigilada recogida en el apartado 7.

**ESTHER POMARES CINTAS**

*Profª Titular acreditada de Derecho Penal  
Universidad de Jaén*

**ESTEBAN PÉREZ ALONSO**

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Granada*

---

## I. TEXTO VIGENTE

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*PRIMERA*

*De supresión del delito de tráfico ilegal de migrantes (art. 318 bis CP)*

## IV. MOTIVACIÓN

1. El delito de tráfico ilegal de migrantes, también llamado delito de inmigración clandestina, es muy distinto del delito de trata de seres humanos, en cuanto que no supone un atentado a los derechos humanos más básicos, sino simplemente el cuestionamiento de la política migratoria del Estado, que debe estar gestionada desde el Derecho Administrativo y no desde el Derecho Penal.

2. Consideramos, ante todo, que el mantenimiento de este delito supone tutelar penalmente la dicotomía ciudadano-no ciudadano, y por ende, la legislación que desampara al inmigrante ilegal, vulnerando garantías constitucionales fundamentales de un Estado de Derecho. Por ello, el desiderátum desde un Derecho Penal mínimo y garantista, respetuoso con los derechos más básicos de todas las personas, debe ser la derogación de este delito y, en todo caso, reducir la gestión de los flujos migratorios al Derecho Administrativo.

## V. PROPUESTA ALTERNATIVA

### SEGUNDA

*De modificación.*

*Nuevo texto que se propone*

*Título XV bis: Delitos contra el control del flujo migratorio*

*Art. 318 bis*

*“1. El que, formando parte de una organización o asociación, y con la finalidad de obtener un aprovechamiento económico, trafique ilegalmente con migrantes para la entrada o permanencia en territorio español, o para el tránsito con destino a otro país de la UE, vulnerando la legislación sobre entrada, permanencia o tránsito de extranjeros, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 3 a 12 meses. Se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena.*

*2. Se impondrán las penas señaladas en el apartado anterior en su mitad superior, y además la de inhabilitación especial de 2 a 6 años, a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

*3. El delito de tráfico ilegal de migrantes será castigado con la pena de 2 a 6 años de prisión, manteniéndose el resto de penas:*

*a) Cuando la realización de las actividades descritas en el apartado 1 ponga en peligro grave la vida, integridad física o salud de las personas.*

*b) Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones dedicadas a la realización de las actividades descritas en el apartado 1.*

*4. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de 2 a 5 años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.*

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán, asimismo, imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33”.*

## VI. MOTIVACIÓN

1. Somos conscientes de la existencia de controvertidas (y no actualizadas) decisiones de la Unión Europea (Directiva 2002/90/CE, y Decisión Marco 2002/946/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002), e incluso de Naciones Unidas (Protocolo contra el Tráfico Ilícito

de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional), que obligan a mantener una figura delictiva dedicada al tráfico de inmigrantes ilegales. Éstas se establecen en el contexto de la prevención y lucha contra la delincuencia organizada.

2. Por imperativo de tales exigencias europeas e internacionales, se hace una propuesta incriminatoria de la actividad de tráfico ilegal llevada a cabo sobre inmigrantes en situación irregular, caracterizada por el carácter subsidiario y fragmentario que debe presidir la intervención en materia penal y compatible con una interpretación sistemática de dichos instrumentos jurídicos supranacionales. La propuesta se concibe como un medio de prevención y lucha contra la delincuencia organizada transnacional que se aprovecha de la irregularidad administrativa de los inmigrantes para obtener un beneficio económico de tal actividad.

3. La tipificación del delito de tráfico ilícito de migrantes que propone el Anteproyecto de 11-10-2012 surge, como señala la Exposición de motivos, con el objetivo de lograr *“una completa transposición de la normativa europea”*, esto es, culminar la tarea emprendida por la reforma de 2010 (LO 5/2010, de 22 de junio), que planteó, por primera vez, la separación conceptual de dos realidades distintas: el tráfico ilegal de migrantes, de un lado, y la trata de seres humanos, de otro. El Anteproyecto pretende, además, corroborar el objeto de tutela que había reconocido expresamente el Preámbulo de la reforma de 2010 respecto del delito del 318 bis: *“siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios”*.

4. Partiendo de la prolífica normativa administrativa sancionadora existente (LO 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, LOEx en adelante), que se dirige también a la defensa del *interés estatal en el control del flujo migratorio*, el delito del art. 318 bis debe reservarse para sancionar los comportamientos más peligrosos para el bien jurídico protegido y que revisten mayor gravedad (principio de intervención mínima del Derecho Penal). Por ello, nuestra propuesta de tipificación *condiciona la relevancia penal* del tráfico ilícito de personas dirigido a la entrada, permanencia o tránsito ilegal de extranjeros hacia otro país de la UE, a la concurrencia de

*dos elementos*: formar parte de una red organizada (organización o asociación) dedicada a tales actividades ilícitas, siempre que los comportamientos colaboradores en la inmigración ilegal estén presididos por una finalidad lucrativa. Es el tipo básico que proponemos.

5. Conseguir una “*completa transposición de la normativa europea*” no significa reproducir literalmente los comportamientos previstos en ella, sino una *adaptación* al derecho interno. Tarea que no es tan simple, entre otras cosas, porque hay otros compromisos esenciales, como respetar las garantías básicas que deben informar la tipificación penal en un Estado democrático de Derecho.

6. En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre un enfoque de la UE acerca del Derecho Penal [2010/2310 (INI)], advierte que la armonización del Derecho penal en la UE no puede vulnerar los “aspectos fundamentales del Derecho Penal” interno; lamenta que, “hasta el momento la UE ha desarrollado con frecuencia disposiciones de Derecho penal *ad hoc* y ha creado, por tanto, la necesidad de mayor coherencia.” En síntesis, los Estados miembros “conservan un determinado margen discrecional sobre el modo de transponer las disposiciones (Directivas) a su legislación nacional”, siempre que la transposición satisfaga principios básicos, como el de “*ultima ratio*” de la intervención penal, el mandato de taxatividad en la descripción de las conductas, o el principio de proporcionalidad de las penas, atendiendo también a la coherencia interna de la legislación penal del Estado miembro. Una cuestión que, sin duda, queda pendiente en el texto vigente del art. 318 bis CP (véase, la Circular Fiscalía General del Estado 5/2011, de 2-11), y que tampoco resuelve la propuesta del Anteproyecto.

7. La propuesta que realiza el Anteproyecto no es aceptable porque supone una traslación automática *in totum* de la Directiva 2002/90/CE, y no una verdadera transposición de la misma al Derecho Penal español. Lo que permite hacer una propuesta alternativa como la que aquí se lleva a cabo, que toma en consideración la normativa comunitaria, junto a la disposición internacional sobre delincuencia organizada y tráfico ilícito de migrantes —es decir, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención

de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, adoptados en el año 2000—.

8. Por exigencias del principio de intervención mínima (necesidad de marcar una frontera con el derecho administrativo sancionador) y de lesividad del bien jurídico que tutela el delito de tráfico ilícito de inmigrantes, proponemos reservar la esfera penal para castigar los comportamientos más graves y peligrosos que atacan el interés estatal en el control del flujo migratorio. Es decir, los comportamientos de intermediación en la inmigración ilegal (entrada, permanencia o tránsito hacia otro país de la UE) de las redes organizadas dedicadas a tales actividades, movidas por la finalidad de obtener un aprovechamiento económico a costa del inmigrante.

9. Por ello, el núcleo de la conducta típica propuesta no se hace recaer en las meras acciones de ayuda a la inmigración clandestina, sino en la propia acción de traficar con la inmigración ilegal, es decir, en tomar parte en una estructura organizada que se dedica al transporte o desplazamiento transfronterizo ilegal de migrantes, contraviniendo la legislación de extranjería, con el propósito de obtener un beneficio económico de ello por el aprovechamiento de la irregularidad de la situación administrativa de los extranjeros.

10. Con esta propuesta, se retoma lo que, desde los inicios del fenómeno migratorio ilegal, ha sido la verdadera preocupación criminológica: combatir la actuación de las redes organizadas dedicadas a las actividades mencionadas, aprovechándose de la situación del extranjero y que hacen de ello un lucrativo negocio que pone en jaque la política migratoria del Estado. Esta preocupación central por el *fenómeno organizativo y lucrativo* se refleja en los instrumentos jurídicos mencionados (también, en el art. 2 Convenio de Europol de 26 julio 1995), en la propia jurisprudencia que viene generando el art. 318 bis CP, en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2002, de 19 febrero, en la LOEx., y en las diferentes leyes de reforma penal aprobadas en la década pasada. En efecto, la intervención de redes organizadas reúne la capacidad suficiente para alcanzar el mínimo de lesividad exigible al bien jurídico relativo al interés estatal en el control de los flujos migratorios, que, de otro modo, no se vería afectado: sólo la gestión y control de las migraciones ilegales, de forma continuada, y a gran escala, tendría realmen-

te la potencialidad lesiva mínima para cuestionar la política migratoria estatal. Por ello, el delito de tráfico ilícito de migrantes previsto en el Protocolo de Naciones Unidas de 2000 también se considera tipificado con arreglo a la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, porque requiere de este elemento organizativo y de su carácter transnacional.

11. Por otro lado, el *fin de aprovechamiento lucrativo*, como segundo requisito esencial del tipo que se propone, es un elemento que los instrumentos internacionales y europeos consideran *necesario* para perseguir las conductas de tráfico ilícito de extranjeros [art. 3, a) Protocolo de Naciones Unidas de 2000, art. 27. 1 Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 25 de junio de 1991, art. 2 Convenio de Europol de 26 julio 1995, también el art. 1. 2 Directiva 2002/90/CE, del Consejo, que no obliga a sancionar la ayuda a la entrada o circulación ilegales si no están presididas por fines lucrativos].

12. El ánimo lucrativo debe ser entendido como la finalidad de obtener un aprovechamiento económico a costa del inmigrante que es objeto del tráfico ilícito [art. 3 a) Protocolo de Naciones Unidas de 2000]. Además, no tiene por qué invalidar el consentimiento del extranjero en la operación migratoria, es compatible con la naturaleza de estos comportamientos intermediadores en la inmigración clandestina de personas.

13. La propuesta de tipificación que planteamos impide castigar *penalmente* conductas colaboradoras que responden a motivos solidarios o altruistas, dado que se realizan sin la concurrencia de la finalidad de aprovechamiento económico del inmigrante. Por ello, no puede satisfacer el tipo atenuado previsto en el vigente art. 318 bis. 6, que brinda la posibilidad de imponer, a criterio del Juez o Tribunal, “*la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada*”. Esta atenuación se aplica, especialmente, para dar respuesta a esos casos y para corregir lo que el Legislador debería hacer: si se considera que esos supuestos no son merecedores de pena, es el Legislador quien, mediante la descripción de las conductas punibles, debe excluirlos del ámbito del delito (véase, Informe del Consejo Fiscal de 8-1-2013).

14. No satisface, por ello, ni el recurso a un tipo atenuado, ni, como también propone el Anteproyecto (art. 318 bis. 1, 2º párr.), la inclusión de una cláusula —insólita en nuestro ordenamiento penal— que otorga

al Ministerio Fiscal la potestad discrecional de no emprender acciones penales para perseguir las conductas colaboradoras que obedezcan únicamente a fines humanitarios (véase, en este sentido, Informes del Consejo General del Poder Judicial de 17-1-2013 y del Consejo Fiscal de 8-1-2013); tampoco resulta adecuado arbitrar una excusa absoluta, como propone el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto, porque también supone aceptar explícitamente que la ayuda altruista o la hospitalidad están prohibidas penalmente, lo que es inaceptable, por principio, en un Estado como dice ser el nuestro (art. 1 CE). Es un problema de correcta configuración del injusto penal, que corresponde al Legislador, y que queda perfectamente delimitado en la propuesta que aquí se defiende.

15. El elemento espacial o geográfico del delito del 318 bis debe revestir necesariamente *carácter transnacional*, tal y como se prevé en la normativa internacional y europea ya mencionada, dado que se trata precisamente de la actividad encargada del traslado transfronterizo de personas, propia de los movimientos migratorios. Frente a la propuesta del Anteproyecto, será necesario, pues, establecer un vínculo de conexión territorial para delimitar la conducta típica, que debe estar enucleada en torno al territorio español, dado que España ha de ser el lugar de destino, paso o estancia de dicho tráfico. Debe producirse, por tanto, la vulneración del régimen jurídico que regula la entrada, tránsito o permanencia en nuestro país, pues la ausencia de este vínculo territorial supondría, no sólo hacer inabarcable el delito del 318 bis, sino convertir al Estado español en el gendarme del control del flujo migratorio de todos los países de la UE, como parece pretender irreflexivamente el Anteproyecto.

16. En consecuencia, el objeto del delito de tráfico ilícito de migrantes es, pues, el extranjero que no reúne los requisitos administrativos para entrar o permanecer en territorio español, o para encaminarse, desde el territorio español, a otro país de la UE. No es necesario definir al extranjero como persona que no es nacional de un Estado miembro de la Unión Europea. Esta definición puede plantear problemas con los nacionales que pertenecen al Espacio Económico Europeo.

17. Las actividades de tráfico que favorecen la *entrada* ilegal en territorio español, incluso la actividad de *tránsito* ilegal hacia otro país

de la UE, resultan punibles —con las condiciones subrayadas— en la propuesta aquí realizada. Asimismo, en virtud del principio de proporcionalidad, se posibilita distinguir, como establece la Decisión Marco 2002/946/JAI, grados de intervención o participación y realización delictivas. Pero lo que no se alcanza a comprender es la incriminación del favorecimiento de la situación de *permanencia ilegal de modo aislado*, tal y como propone el Anteproyecto de octubre de 2012, porque, sin duda, desvirtúa la *base conceptual* del delito de tráfico ilícito de extranjeros: el inherente carácter *transnacional o transfronterizo* de la colaboración de terceros en la inmigración ilegal. Y lo desvirtúa desde el momento en que propone castigar la ayuda a la permanencia ilegal, desligada de la colaboración en la entrada ilegal del extranjero, o de la colaboración para trasladarse, ilegalmente, a otro país de la UE. Con ello se estaría castigando expresamente el mero *favorecimiento del inmigrante* y no de la inmigración ilegal (véase, en sentido crítico, Sentencias del Tribunal Supremo núm. 1397/2003, de 16 de octubre, núm. 284/2006, de 6 de marzo). De este modo, se perpetuaría el castigo del “trato” con inmigrantes en situación irregular referido a la permanencia en territorio español, con lo que se estaría coartando la libertad de obrar de los ciudadanos hasta límites insoportables para un Estado social y democrático de Derecho como dice ser el nuestro (art. 1 CE).

Precisamente, una de las diferencias entre el delito de trata de seres humanos y el de tráfico ilícito de inmigrantes estriba en el *carácter transnacional* de éste último. Véase, subrayando esta particularidad, Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, Exposición de Motivos de la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946/JAI, dirigidas a combatir la ayuda a la inmigración clandestina, y art. 4 Protocolo de Naciones Unidas de 2000.

18. En la propuesta que realizamos, las actividades de tráfico que favorecen la permanencia ilegal del inmigrante serán punibles cuando reúnan las características exigidas, es decir, tiene que concurrir el elemento organizativo, el fin lucrativo y el componente transnacional. De donde cabe inferir que la ayuda a la permanencia ilegal, con ánimo de lucro, sin haber intervenido en modo alguno —como integrante de la red organizada— en la entrada ilegal del extranjero, o en su traslado ilegal con

destino a otro país de la UE, debe reconducirse al ámbito administrativo sancionador [arts. 54. 1b) y f) y 53.2 b) y c) LOEx].

19. En síntesis, según nuestra propuesta, no basta ya la ilegalidad de la situación administrativa del inmigrante desplazado para colmar la relevancia penal de la conducta intermediadora. La presencia de una organización, junto a la finalidad de aprovechamiento económico, se consideran, frente a la propuesta del Anteproyecto, elementos consustanciales del tráfico ilícito de migrantes que se pretende prevenir penalmente.

20. Nuestra propuesta permite así reservar un ámbito de aplicación propio para el derecho administrativo sancionador. Las conductas individuales que ayudan a la entrada, tránsito o permanencia ilegal del extranjero, sin las condiciones que hemos exigido para el ámbito penal, podrían ser sancionadas por la LOEx, a través de sus variadas infracciones (arts. 54. 1. letras b, f, 53.2., letras b, c).

21. Entonces, sin ambages, la rúbrica del *Título XV bis* debe responder a lo que realmente pretende proteger el delito del art. 318 bis, es decir, “los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios” (Preámbulo LO 5/2010). Por ello, la denominación del referido Título debe ser la de “*Delitos contra el control del flujo migratorio*”; en modo alguno, cabe mantener la rúbrica vigente —“*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*”—, que es inexacta, además de un eufemismo y falacia legal, siquiera sea porque el objeto material de este delito es únicamente el *extranjero —inmigrante— ilegal*, cuyos derechos se ven vulnerados por la legislación de extranjería misma, un sector de seres humanos condenado a soportar “legalmente” una situación de inferioridad en derechos, también fundamentales. No deja de ser un ejercicio de cinismo legislativo poner los derechos de los extranjeros (inmigrantes ilegales) como escudo protector de la indemnidad de nuestras fronteras.

22. Las penas deben ser proporcionadas a los comportamientos que se castigan; también deben guardar coherencia con el sistema penal español (lo permite la Decisión Marco 2002/946/JAI, y la Resolución del Parlamento Europeo, de 22-5-2012). Por ello, en este aspecto, la pena prevista para el tipo básico por el Anteproyecto se considera más adecuada en comparación con la prevista en el precepto vigente (absolutamente desproporcionada). Se apoya, así, una necesaria y notable disminución de la carga represiva, a partir de la separación conceptual

entre el delito de inmigración clandestina y el delito de trata de seres humanos (véase, en este sentido, la Circular Fiscalía General del Estado 5/2011, de 2-11, y el Informe del Consejo Fiscal de 8-1-2013): la pena para éste último debe ser manifiestamente más grave. Mantenemos, por ello, la misma pena que propone el Anteproyecto para el tipo básico (pena de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 3 a 12 meses), aunque la conducta típica que planteamos es distinta y mucho más restrictiva.

23. La penalidad de los tipos agravados puede llegar a un máximo de 6 años de prisión, ante la concurrencia de circunstancias como la puesta en peligro grave de la vida, integridad o salud de los inmigrantes (con ocasión de la actividad del tráfico ilegal), o cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones o asociaciones dedicadas a dicho tráfico. A pesar de que la Decisión Marco 2002/946/JAI dispone que, en estos casos, se castigue con una pena máxima de 8 años (art. 1.3), permite fijar un límite máximo de 6 años, no obstante, si así lo exige “la coherencia del régimen sancionador nacional” (art. 1.4). Por ello, hemos propuesto para estos supuestos agravados una pena de prisión de 2 a 6 años.

24. Se rechaza la controvertida e ilegítima medida de libertad vigilada; además, los comportamientos de tráfico ilícito de personas, basados en el consentimiento del extranjero inmigrante, distan mucho de alcanzar la gravedad del delito de trata.

25. Se propone, también por las mismas razones, la supresión de este delito del listado de los que son perseguibles en virtud del principio de justicia universal (art. 23.4 Ley Orgánica del Poder judicial), porque, a diferencia del delito de trata de personas, no afecta a los derechos humanos, ni tampoco a intereses generales de la comunidad internacional; por lo que cabe preguntarse ¿qué hace un delito como tú en un lugar como éste? Resulta llamativo y paradójico, sin embargo, que el delito de trata de seres humanos no se haya incorporado aún, de forma expresa, a dicho listado que otorga la jurisdicción universal (véase el Informe del Consejo Fiscal de 8-1-2013).

**MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ MESA**

*Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Cádiz*

---

## I. TEXTO VIGENTE

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*De modificación*

*Nuevo texto que se propone:*

1. *El que, con ánimo de lucro, promueva la entrada en territorio español o tránsito a través del mismo de una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea vulnerando la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de de tres a doce meses o prisión de seis meses a dos años.*

2. *El que, con ánimo de lucro, promueva la estancia en territorio español de una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros, será castigado con una pena de multa de de tres a doce meses o prisión de seis meses a dos años.*

3. *Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

a) *Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.*

b) *Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 de este Código.*

4. *En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

5. *Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.*

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33.*

*6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.*

#### IV. MOTIVACIÓN

1. *Supresión de la tipicidad de la conducta consistente en ayuda a la entrada o tránsito cuando no exista ánimo de lucro.* Aún cuando se imponga una interpretación restrictiva del precepto en función del bien jurídico tutelado, no se puede perder de vista que la finalidad última del legislador con la tipificación de estos delitos es la de ejercer un control sobre los flujos migratorios, por lo que en atención al principio de intervención mínima y a la relevancia de la dignidad como valor superior del ordenamiento jurídico se entiende que el legislador debe optar por la no punibilidad de estas conductas cuando se deban a motivos altruistas.

El Diccionario de la Real Academia define altruismo como “esmero y complacencia en el bien ajeno, aun a costa del propio, y por motivos puramente humanos”. En definitiva, el altruismo es una actitud aceptada y querida de buen grado. El altruismo y la solidaridad tienen una dimensión claramente humana y de servicio a la sociedad. A partir de aquí se puede establecer la presunción *iuris tantum* de que quien no actúa movido por ánimo de lucro, lo hace por motivos de solidaridad, altruistas o humanitarios.

El número 2 del artículo 1 de la Directiva 2002/90 establece que los “Estados miembros podrán decidir... no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de la que se trate”. En consecuencia, y en contra de las razones esgrimidas, la Directiva NO impone la tipificación penal de cualquier forma de ayuda humanitaria a la inmigración ilegal. No se trata de una obligación sino de una mera posibilidad que deja a criterio de cada Estado.

Los anteriores argumentos junto con el hecho de que la infracción administrativa prevista en el artículo 54 b) de la LO 4/2000 sobre dere-

chos y libertades de los extranjeros en España y su integración social nos lleva a afirmar que el Estado español debe optar por la no punibilidad de los motivos altruistas. Y ello puede hacerlo sin forzar norma alguna: es más, se lo posibilita explícitamente la Directiva 2002/90/CE.

2. *Supresión del término “intencionadamente”*. La translación al artículo 318 bis del término “intencionadamente” previsto en el artículo 1.1 a) de la Directiva es innecesaria, pues al no inculparse de forma expresa la imprudencia, solo cabe la forma dolosa. Tampoco parece que mediante la introducción de este término de lo que se trate sea de excluir del tipo los supuestos de dolo eventual, pues también se emplea en la modalidad en la que se requiere que el sujeto actúe con ánimo de lucro (INFORME CGPJ).

3. *Circunscripción del ámbito del delito al territorio español*. Tanto el principio de territorialidad, como principio general para marcar la competencia de los Estados en la persecución de los delitos, como el principio de legalidad aconsejan circunscribir el ámbito de estos delitos al territorio español.

Con relación al principio de territorialidad, la redacción actual supondría que el Estado español tendría competencia penal para perseguir y enjuiciar estos delitos con independencia del Estado miembro en el que se hubiesen cometido, así como de la nacionalidad del sujeto activo. En este sentido es preciso tener en cuenta que la Decisión Marco 2002/946 solo impone a los Estados miembros la obligación de establecer su competencia respecto de las infracciones que se cometan total o parcialmente en su territorio. Es más, cuando se cometa fuera de su territorio por uno de sus nacionales o en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio, el Estado podrá decidir aplicar o no la norma de competencia. La restricción de la competencia penal de los Estados, con carácter general, a los hechos cometidos en su territorio (aunque ampliables a sus nacionales y a las personas jurídicas establecidas en su territorio) se ve reforzada con lo dispuesto en el artículo 5 de la Decisión Común sobre extradición y acción penal. Es necesario, pues, vincular estos delitos a su realización en territorio español.

Con respecto al principio de legalidad, de mantenerse la redacción propuesta en el ACP, el tipo se configuraría como una norma penal en blanco cuya determinación requeriría la remisión a la normativa especí-

fica sobre extranjería del Estado miembro en el que se hubiera cometido el delito, con las dificultades que ello supondría.

4. *Sustitución del término “ayudar” por el de “promover”*. La transposición literal de los términos de la Directiva 2002/90 al texto del Anteproyecto implica una amplitud desmesurada de la conducta típica contraria a uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico-penal; el principio de intervención mínima. La tipificación en el Anteproyecto de las conductas consistentes en *ayudar* a la entrada, tránsito o estancia, supondría la punibilidad de cualquier conducta consiste en auxiliar, socorrer o simplemente la actuación conjunta con el inmigrante.

Es cierto que según la propuesta que aquí se defiende, tales conductas solo serían típicas si concurriese el ánimo de lucro. Sin embargo, ello no impediría considerar cometido el delito por aquellas personas que faciliten mediante precio alimentación, vestido, transporte, alojamiento, etc. a personas en situación de estancia irregular.

Por ello, y a fin de no confundir ayudantes con traficantes —en el caso del número 1—, ni de terminar castigando cualquier conducta que permita “sobrevivir” al inmigrante durante su estancia en el territorio español, se sugiere sustituir (tanto en el número 1º como en el 2º) el término “ayude” por el de “promueva”, en la medida en que en este contexto, el verbo promover exigiría probar la realización de actos positivos que hayan iniciado o impulsado el desplazamiento o la estancia del inmigrante procurando su logro.

Esta propuesta no contradice lo establecido en la Directiva 2002/90, pues en su versión inglesa el término utilizado “*assist*” implica, a diferencia de “*help*”, algo más concreto y eficiente que una simple ayuda.

5. *Disminución de la pena prevista para los subtipos agravados*. Las penas previstas para los tipos básicos y agravados del delito más grave de trata de personas implica, por respeto al principio de proporcionalidad, la necesidad de reducir el marco penal previsto para los subtipos agravados de este delito, estableciéndose una pena de dos a seis años.

Esta propuesta es coherente con lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946, en cuyo artículo 1.4 permite, cuando ello sea necesario para salvar la coherencia del régimen nacional sancionador, establecer para estos tipos subtipos agravados una pena máxima de seis años.

6. *Supresión del apartado 7.* En primer lugar se justifica la supresión del apartado por la posible inconstitucionalidad de la medida de libertad vigilada. Pero, además, se produce una incongruencia con el tenor del artículo 57.8 de la LO 4/2000 que establece que “*Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad*”. En consecuencia, si el sujeto debe ser expulsado, de acuerdo a la LO 4/2000, cuando cumpla con la pena privativa de libertad, resulta imposible que cumpla la medida de libertad vigilada.

# 20. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO HISTÓRICO

**CRISTINA GUIASOLA LERMA**  
*Profesora Titular de Derecho Penal*  
*Universidad Jaume I*

---

## I. TEXTO VIGENTE

*Art. 323*

*1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.*

*2. En este caso, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 323*

*1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.*

*2. Si el hecho, por la escasa cuantía del daño, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de dos a doce meses. No se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes dañados fuera superior a 1.000 euros.*

*3. En estos casos, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

#### *DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL*

##### *Art. 321*

*1. Los que derriben o alteren gravemente edificios declarados de interés cultural o que figuren en los catálogos o inventarios autonómicos o municipales en atención a su valor histórico, artístico o cultural serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en su caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.*

*2. En estos casos los Jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo de los responsables del hecho, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado, reponiéndolo a su estado anterior.*

##### *Art. 322*

*1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente, a sabiendas de su injusticia, proyectos de derribo o alteración de edificios declarados de interés cultural o que figuren en los catálogos o inventarios autonómicos o municipales en atención a su valor histórico, artístico o cultural será castigado, además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.*

*2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.*

*3. Se castigará con la pena de inhabilitación especial de tres a seis años, la autoridad o funcionario público que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio.*

*4. En estos casos los Jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo de los responsables del hecho, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado, reponiéndolo a su estado anterior.*

##### *Art. 323*

*1. Será castigado con pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que, de cualquier forma o procedimiento, cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos, al margen de la cuantía en que consistan aquellos.*

*2. Si el daño descrito en el anterior apartado resultara de extraordinaria gravedad en atención a la relevancia del valor cultural del bien o a la irreparabilidad del bien, la pena se aplicará en su mitad superior.*

3. Si el hecho, por la escasa entidad del perjuicio causado, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena en su mitad inferior.

4. Cuando los daños expresados en los números anteriores fueren ocasionados por imprudencia grave serán castigados con la pena de multa de tres a dieciocho meses, atendiendo a la importancia de los mismos.

5. En cualquier caso los Jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo de los responsables del hecho, la adopción de medidas encaminadas a reparar en lo posible, el bien dañado.

Art. 324

1. El hurto, robo o apropiación indebida de objetos que tengan valor histórico, artístico, cultural o científico, será castigados, con independencia de su cuantía:

a. Con la pena de prisión de uno a tres años en los casos del art. 234 de este Código.

b. Con la pena de prisión de dos a cinco años en los casos de los artículos 237 y 252 de este Código.

2. Si la sustracción o apropiación descrita en el anterior apartado resultara de extraordinaria gravedad en atención a la relevancia del valor cultural del bien, la pena se aplicará en su mitad superior.

3. En estos supuestos los responsables vendrán obligados a reintegrar los bienes a sus legítimos propietarios o a indemnizar por los perjuicios causados.

Art. 325

Será castigado con prisión de uno a tres años quien, sin la debida autorización, realice cualquier clase de excavación terrestre o subacuática o remoción de tierras, lodos, fangos o arenas con la intención de obtener restos arqueológicos. La pena se impondrá en su mitad superior si el expolio se produce sobre yacimientos protegidos así como en yacimientos arqueológicos subacuáticos.

Art. 326

Los que, con la finalidad de recabar un provecho o ganancia ilícita, creen la falsa apariencia de valor histórico, artístico, cultural o científico en un bien, serán castigados con prisión de dos a cuatro años.

La pena se impondrá en su mitad superior de producirse los hechos tipificados en el ejercicio de una actividad comercial.

## IV. MOTIVACIÓN

1. La propuesta de una nueva sistemática en la regulación penal de los atentados contra el Patrimonio Cultural —denominación que, a mi juicio, resulta más ajustada al ámbito concreto de protección— viene

motivada por la defectuosa técnica elegida por el legislador en la tipificación de dichos delitos, la cual ha sido calificada de “fraude de etiquetas” al existir más preceptos fuera que dentro del capítulo destinado a su protección (capítulo II del Título XVI). Por ello se propone reconducir al interior del Capítulo autónomo toda la protección penal, fundamentalmente los actos de sustracción y apropiación, lo cual supondría una clarificación del bien jurídico tutelado, remarcando su carácter cultural y no meramente patrimonial.

2. El apartado 2, de nueva introducción en el artículo 323 por el Anteproyecto no es otra cosa que la elevación de la falta del 625.2 a la categoría de delito.

La motivación de su supresión es la siguiente: básicamente se propone modificar el actual sistema de daños a bienes culturales y, en particular en yacimientos arqueológicos, al margen de su cuantía, de acuerdo con los Informes del Consejo General del Poder Judicial así como del Consejo Fiscal. Me sitúo en la línea de aquellos que rechazan atender únicamente a la cuantía o valoración económica del perjuicio patrimonial en el art. 323, no sólo porque muchas veces resulta incalculable en la práctica, sino fundamentalmente porque contradice el criterio de valoración de la conducta típica, de acuerdo con el cual debe estimarse principalmente el *valor cultural* del objeto dañado, bien jurídico protegido en estos delitos.

En esta dirección se recomienda contemplar una agravación cuando los bienes dañados sean de gran relevancia cultural, con el objetivo de graduar la pena a la antijuridicidad del hecho, así como una atenuación de la pena atendiendo a la escasa entidad del perjuicio y las demás circunstancias del hecho.

Los daños en yacimientos arqueológicos se deberían ampliar específicamente tanto a los terrestres como a los subacuáticos, incorporando así las previsiones de la Convención de la UNESCO para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático aprobada en París en el año 2001, ratificada por España en 2005 y en vigor desde el 2 de enero de 2009.

En los daños imprudentes se contempla también la posibilidad de ordenar la adopción de medidas encaminadas a restaurar el bien. Se propone asimismo que la adopción de dichas medidas se extienda a los

partícipes en el hecho, ya que actualmente sólo están previstas para los autores del delito de daños.

3. En mi propuesta se incorpora la prevaricación especial por omisión en el ámbito del Patrimonio Cultural, tal y como se ha previsto en reformas anteriores del Código Penal en el ámbito del urbanismo, la ordenación del territorio y el medio ambiente. No obstante, si bien en las otras prevaricaciones específicas (art 322 y 329) se ha igualado la penalidad entre los casos de dictar y omitir en el informe, a mi juicio, sin embargo, me parece más grave *crear la injusticia* que *omitir denunciarla*, de ahí la propuesta de castigar dicha omisión únicamente con la pena de inhabilitación especial.

4. Postulo, con la mayoría de especialistas en la materia (vid. a este respecto la propuesta de ROMA VALDÉS: “El expolio del Patrimonio Arqueológico Español” en Patrimonio cultural y Derecho nº 6 2002; “La aplicación práctica de los delitos sobre el patrimonio cultural, 2008), la tipificación de los actos de *expolio de yacimientos arqueológicos*, terrestres y subacuáticos, concretándose en aquellas intervenciones, excavaciones y remociones no autorizadas, con ánimo de lucro, harto frecuentes en la práctica en nuestro país, y de controvertido encaje en la actual regulación normativa. Según datos del Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil (SEPRONA) se vienen a conocer entre 400 y 500 acciones delictivas al año, perpetradas por organizaciones que se dedican a esta actividad y que son totalmente diferentes a los grupos especializados en el robo de obras de arte.

Me parece también aconsejable que se prevea una agravación en el caso de los últimos, los yacimientos subacuáticos, porque en tales casos son muy superiores las dificultades para su vigilancia y control, así como para el descubrimiento de que el acometimiento ha tenido lugar.

5. Finalmente se propone la tipificación expresa de la falsificación de obras de arte, con intención de conseguir un beneficio ilícito, así como su puesta en circulación, infracción presente también en el ordenamiento penal italiano. Se pretende así abarcar aquellas conductas no recogidas en el delito contra la propiedad intelectual, anticipando la esfera de protección penal, por sus importantes repercusiones culturales, que pueden llegar a transformar la interpretación global de una obra o período.

# 21. DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA, LA FAUNA Y LOS ANIMALES DOMÉSTICOS

## 21.1. Rúbrica del Capítulo y protección de la flora

**ESTHER HAVA GARCÍA**

*Profesora Titular de Derecho Penal  
(acreditada para Cátedra)  
Universidad de Cádiz*

**JOSÉ MUÑOZ LORENTE**

*Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid*

---

### I. TEXTO VIGENTE

*“CAPÍTULO IV. DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA, FAUNA Y ANIMALES DOMÉSTICOS”*

*Art. 332*

*“El que con grave perjuicio para el medio ambiente corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, o destruya o altere gravemente su hábitat, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses.”*

*Art. 632.1*

*“El que corte, tale, queme, arranque, recolecte alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, sin grave perjuicio para el medio ambiente, será castigado con la pena de multa de 10 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 20 días.”*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*“CAPÍTULO IV. DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA, FAUNA Y ANIMALES DOMÉSTICOS”*

*Art. 332*

*“1. El que con grave perjuicio para el medio ambiente corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, o destruya o altere gravemente su hábitat, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses.*

*2. Cuando no se cause un grave perjuicio para el medio ambiente, se impondrá la pena de multa de uno a cuatro meses.”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Se propone la modificación de la rúbrica del Capítulo IV del Título XVI, que quedaría redactado como sigue:*

*“CAPÍTULO IV. DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA Y FAUNA”*

*Se propone mantener la redacción vigente del art. 332 CP, suprimiendo por tanto el número 2 que añade el texto del Anteproyecto (contenido de la falta del vigente art. 632.1 CP).*

## IV. MOTIVACIÓN

La modificación de la rúbrica del Capítulo IV obedece, como se detalla en la siguiente enmienda, a la exclusión del mismo de las conductas relativas al maltrato a animales domésticos o amansados, que tutelan un bien jurídico que nada tiene que ver con el protegido en los delitos contra la flora y fauna.

La expresión *“con grave perjuicio para el medio ambiente”* fue introducida por LO 15/2003 para excluir del ámbito típico del art. 332 CP conductas de bagatela que en alguna ocasión habían sido objeto de enjuiciamiento, erigiéndose en el criterio de diferenciación entre este delito y la falta contenida en el actual art. 632.1 CP, que castiga con multa de 10 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de igual duración al que *“corte, tale, queme, arranque, recolecte alguna especie o sub-*

*especie de flora amenazada o de sus propágulos, sin grave perjuicio para el medio ambiente*". Si, tal y como se afirma en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, la supresión de las faltas "viene orientada por el principio de intervención mínima" con el fin de "facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles", no se entiende el porqué se eleva a la categoría de delito (cuadruplicando además la duración máxima de la multa a imponer) ciertos comportamientos que, por su escasa lesividad, debieran permanecer al abrigo de la intervención penal y ser perseguidos y sancionados, en su caso, exclusivamente en vía administrativa.

## 21.2. Protección de los animales domésticos: Art. 337 CP

**ESTHER HAVA GARCÍA**

*Profesora Titular de Derecho Penal  
(acreditada para Cátedra)  
Universidad de Cádiz*

**JOSÉ MUÑOZ LORENTE**

*Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid*

---

### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 337*

*“El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o amansado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales.”*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 337*

*“1. El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o amansado, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales domésticos o amansados.*

*2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

*a) Se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida del animal.*

*b) Hubiera mediado ensañamiento.*

*c) Se hubiera causado al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal.*

3. Si se hubiera causado la muerte del animal se impondrá una pena de seis a dieciocho meses de prisión e inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales domésticos o amansados.

4. Los que, fuera de los supuestos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con una pena de multa de uno a seis meses.”

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Se propone la modificación de la rúbrica del Capítulo IV del Título XVI, que quedaría redactada como sigue:

“CAPÍTULO IV. DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA Y FAUNA”

Se propone la creación de un Capítulo VI en el Título XVI, con la siguiente rúbrica:

“CAPÍTULO VI. DELITOS CONTRA EL BIENESTAR ANIMAL”

Se propone la modificación del art. 337 CP, que quedaría redactado como sigue:

“El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o amansado, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para la tenencia de animales domésticos o amansados y el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales.”

### IV. MOTIVACIÓN

La creación de un Capítulo independiente para los delitos contra el bienestar animal facilitaría la interpretación sistemática de estos ilícitos, que nada tienen que ver con los delitos relativos a la protección de la flora y fauna. Con la rúbrica propuesta, además, se aclara cuál es el bien jurídico protegido en estos delitos.

Las agravaciones introducidas en el texto del Anteproyecto por el empleo de medios concretamente peligrosos para la vida del animal, la concurrencia de ensañamiento (término suprimido en la reforma ope-

rada por LO 5/2010, entre otras razones por las dificultades prácticas que suscitaba su interpretación) o la causación de la pérdida o inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal, parecen directamente inspiradas en el catálogo de agravaciones previstas en los delitos de lesiones (para seres humanos, habría que especificar); a ello se añade la inclusión de un nuevo tipo cualificado, que permite elevar la pena de prisión en los supuestos en que se cause la muerte del animal (aunque, posiblemente por un error del pre-legislador, la muerte puede ser sancionada en ocasiones con menos pena que las lesiones agravadas, aunque aquella sea causada usando medios peligrosos o con ensañamiento). Con todo ello el pre-legislador penal da pie a confusiones en torno al bien jurídico protegido en estos delitos, que no puede ser la integridad física o vida del animal, sino su bienestar, entendido como la ausencia de sufrimientos innecesarios. Parecidas consideraciones pueden realizarse respecto de la conducta prevista en el actual art. 632.2 CP, elevada en el Anteproyecto a la categoría de delito con una pena que puede triplicar la duración de la prevista ahora para la falta. Dado que hoy por hoy en España es posible maltratar cruelmente a cualesquiera clase de animales en espectáculos autorizados legalmente, no parece que deba ser contemplada como delito la realización de esas mismas conductas tan sólo por no contar con la preceptiva autorización, so pena de tipificar una mera infracción formal. Por todo lo anterior, se propone la supresión de los apartados 2, 3 y 4.

El texto del Anteproyecto añade a las modalidades de inhabilitación ya contempladas en la redacción actual la de “inhabilitación... para la tenencia de animales domésticos o amansados”, adición que atendiendo a su finalidad preventivo especial puede entenderse adecuada (aunque se propone otra redacción). No obstante, para que dicha pena despliegue algo más que un mero efecto simbólico, sería necesario dotar a la Administración de Justicia de los recursos y mecanismos necesarios para asegurar su efectivo cumplimiento, sin que ello se traduzca en una forma de “maltrato institucional” de los animales a los que pueda afectar su ejecución.

## 21.3. Falta de abandono de animales

**ESTHER HAVA GARCÍA**

*Profesora Titular de Derecho Penal  
(acreditada para Cátedra)  
Universidad de Cádiz*

**JOSÉ MUÑOZ LORENTE**

*Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid*

---

### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 631.2*

*“Quienes abandonen a un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad serán castigados con la pena de multa de quince días a dos meses.”*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 337 bis*

*“El que abandone a un animal doméstico o amansado en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Se propone la modificación del nuevo art. 337 bis, que quedaría redactado como sigue:*

*“El que abandone a un animal doméstico o amansado en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a dos meses.”*

#### IV. MOTIVACIÓN

El texto del Anteproyecto eleva la pena de la actual falta del art. 631.2 CP de forma injustificada, duplicando el mínimo y triplicando el máximo de la multa a imponer. Conforme al principio de proporcionalidad, se propone rebajar la pena prevista para el nuevo delito con el fin de evitar que el comportamiento tipificado tenga mayor sanción que la contemplada en el texto del art. 147.3 del Anteproyecto para comportamientos consistentes en golpear o maltratar de obra “a otro” (ser humano).

# 22. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD COLECTIVA

## 22.1. Incendios forestales: Art. 353

**ESTHER HAVA GARCÍA**

*Profesora Titular de Derecho Penal  
(acreditada para Cátedra)  
Universidad de Cádiz*

**FERNANDO VÁZQUEZ PORTOMEÑE**

*Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Santiago de Compostela*

---

### *Tipos agravados incendios forestales*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 353

*“1. Las penas señaladas en el artículo anterior se impondrán en su mitad superior cuando el incendio alcance especial gravedad, atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes:*

- 1.– Que afecte a una superficie de considerable importancia.*
- 2.– Que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos.*
- 3.– Que altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal o afecte a algún espacio natural protegido.*
- 4.– En todo caso, cuando se ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados.*

*2. También se impondrán dichas penas en su mitad superior cuando el autor actúe para obtener un beneficio económico con los efectos derivados del incendio.”*

#### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 353

*“1. Los hechos serán castigados con una pena de tres a seis años cuando el incendio alcance especial gravedad, atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes:*

- 1.- Que afecte a una superficie de considerable importancia.*
- 2.- Que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos.*
- 3.- Que el incendio afecte a zonas próximas a núcleos de población o a lugares habitados.*
- 4.- Que el incendio afecte a zonas forestales que constituyan el hábitat de especies animales en peligro de extinción o de flora amenazada, o altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal.*
- 5.- Que el incendio sea provocado en un momento en el que las condiciones climatológicas o del terreno incrementen de forma relevante el riesgo de propagación del mismo.*
- 6.- En todo caso, cuando se ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados.*

*2. Se impondrán las mismas penas cuando el autor actúe para obtener un beneficio económico con los efectos derivados del incendio.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Se propone la modificación del art. 353, que quedaría redactado como sigue:*

*“1. Las penas señaladas en el artículo anterior se impondrán en su mitad superior cuando el incendio alcance especial gravedad, atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes:*

- 1.- Que afecte a una superficie de considerable importancia.*
- 2.- Que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos.*
- 3.- Que el incendio cause graves perjuicios socioeconómicos a núcleos de población o a lugares habitados.*
- 4.- Que afecte a especies amenazadas o altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal.*
- 5.- Que el incendio afecte a una zona de alto riesgo, calificada como tal en la legislación de montes.*
- 6.- En todo caso, cuando se ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados.*

*2. También se impondrán dichas penas en su mitad superior cuando se autor actúe para obtener un beneficio económico con los efectos derivados del incendio.”*

#### IV. MOTIVACIÓN

Se introduce la causación de graves perjuicios socioeconómicos en el apartado 3 del número 1 del texto del Anteproyecto para diferenciar el contenido de injusto de esta nueva circunstancia agravante del previsto en el segundo párrafo del vigente art. 352 (*“peligro para la vida o integridad física de las personas”*).

Se propone una redacción técnicamente más acertada del apartado 4 del número 1 del texto del Anteproyecto, que incluye la referencia a las especies amenazadas y suprime la relativa a la afectación a algún espacio natural protegido, en atención al contenido del nuevo art. 358 bis.

Se propone una redacción técnicamente más acertada del apartado 5 del número 1 del texto del Anteproyecto, que evita el uso de elementos valorativos de difícil concreción y remite expresamente a la legislación sobre montes para determinar las zonas de alto riesgo (el art. 48 de la Ley de Montes las define y encomienda su declaración a las Comunidades Autónomas).

Por lo que respecta a las penas a imponer, se propone una nueva redacción del párrafo introductorio del número 1 y del número 2 del texto del Anteproyecto, por los siguientes motivos: por un lado, no parece haber ninguna razón de peso para elevar en un año el máximo de pena a imponer por la realización de estos comportamientos; por otro lado, la redacción del Anteproyecto puede provocar distorsiones a la hora de castigar en estos supuestos agravados los incendios que comportan peligro para la vida o integridad física de las personas (tipificados en el actual art. 351 CP, al que se remite de forma expresa el 352 y de forma implícita el vigente 353 CP, estableciendo la mitad superior de la pena también para esos supuestos —esto es, prisión de quince a veinte años más multa de dieciocho a veinticuatro meses—).

## 22.2. Disposición común a los delitos de incendios forestales: Art. 358 bis

**ESTHER HAVA GARCÍA**

*Profesora Titular de Derecho Penal  
(acreditada para Cátedra)  
Universidad de Cádiz*

**FERNANDO VÁZQUEZ PORTOMEÑE**

*Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Santiago de Compostela*

---

### I. TEXTO VIGENTE

*La rúbrica de la Sección 5 del Capítulo II del Título XVII de Libro II del Código Penal vigente es la siguiente: “DISPOSICIÓN COMÚN”.*

*No existen precedentes de un art. 358 bis.*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Se modifica la rúbrica de la Sección 5 del Capítulo II del Título XVII del Libro II del Código Penal y se introduce en ella un nuevo artículo 358 bis, con la siguiente redacción:*

*“Sección 5. DISPOSICIONES COMUNES.”*

*“Artículo 358 bis. Lo dispuesto en los artículos 338 a 340 será también aplicable a los delitos regulados en las secciones 2ª, 3ª y 4ª de este capítulo.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Se propone la modificación de la rúbrica de la Sección 5 del Capítulo II del Título XVII, que quedaría redactada como sigue:*

*“SECCIÓN 5. DE LOS INCENDIOS IMPRUDENTES”*

*Se propone la creación de una Sección 6 en el Capítulo II del Título XVII, con la siguiente rúbrica y contenido:*

*“SECCIÓN 6. DISPOSICIONES COMUNES”*

*“Artículo 358 bis.*

*Lo dispuesto en los artículos 338 a 340 será también aplicable a los delitos regulados en las secciones 2ª, 3ª, 4ª y 5ª de este capítulo.”*

#### IV. MOTIVACIÓN

La propuesta deslinda la tipificación de los incendios imprudentes de la regulación de las disposiciones comunes, mediante la modificación de la rúbrica de la Sección en la que se encuentran los primeros, y la creación de una nueva Sección que cobijaría a las segundas. Con ello se evita la exclusión de los incendios causados por imprudencia grave del ámbito de las disposiciones comunes reguladas en los artículos 338 a 340 CP.

## 22.3. Tenencia de animales peligrosos

**ESTHER HAVA GARCÍA**

*Profesora Titular de Derecho Penal  
(acreditada para Cátedra)  
Universidad de Cádiz*

---

### I. TEXTO VIGENTE

Art. 631.1

*“Los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.”*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Se introduce un nuevo Capítulo V en el Título XVII del Libro II del Código Penal, integrado por un nuevo artículo 385 quáter, con la siguiente redacción: “CAPÍTULO V. TENENCIA DE ANIMALES PELIGROSOS.”*

*“Artículo 385 quáter. Los dueños o encargados de la custodia de animales potencialmente peligrosos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal, creando un peligro para la vida o la integridad de las personas, serán castigados con la pena de multa de uno a seis meses.”*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Se propone la supresión del nuevo art. 385 quáter.*

### IV. MOTIVACIÓN

No tiene sentido suprimir la falta del vigente art. 630 CP (abandono de jeringuillas u otros instrumentos peligrosos) y en cambio mantener, elevándola a la condición de delito y triplicando el máximo de pena a imponer, la falta de suelta de animales “potencialmente peligrosos”

regulada en el actual art. 631.1 CP. En ambos casos el mantenimiento de la infracción penal resulta injustificada, pudiendo acudirse en estos supuestos a la sanción administrativa, o bien a otros delitos si con el comportamiento finalmente se causaran daños o lesiones.

## 22.4. Comiso en materia de tráfico de drogas: Art. 374 CP

**LUZ MARÍA PUENTE ABA**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal  
Universidade da Coruña*

---

### ARTS. 374, 127 bis y 127 sexies del Anteproyecto

#### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 374*

*“1. En los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y a las siguientes normas especiales:*

*1ª. Las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra. Una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.*

*2ª. 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.*

*3ª. La autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.*

*4ª. Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior, podrá acordarse el de otros por un valor equivalente.*

5ª. Cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, podrá acordarse el decomiso de su valor sobre otros bienes distintos incluso de origen lícito, que pertenezcan a los responsables.

2. Los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos:

a. Cuando el propietario haga expreso abandono de ellos.

b. Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo.

Cuando concurren estos supuestos, la autoridad judicial ordenará la enajenación, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entidades locales u otras entidades públicas, y previa audiencia del interesado.

El importe de la enajenación, que se realizará por cualquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.

3. En los delitos a que se refieren los apartados precedentes, los jueces y tribunales que conozcan de la causa podrán declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores.

4. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.”

Art. 127.1 párrafo 2º

“El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.”

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### Art. 374

*“En los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 a 128 de este Código y a las siguientes normas especiales:*

*1. Una vez firme la resolución que hubiera acordado el comiso de las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas intervenidas, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.*

*2. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.”*

### Art. 127 bis

*“1. El Juez o Tribunal ordenará también el comiso de los bienes y efectos pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando aprecie indicios suficientes que permitan presumir que los bienes o efectos provienen de actividades delictivas similares a las cometidas por la persona condenada que de otro tipo de actividades:*

- a) Delitos de terrorismo.*
- b) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373 de este Código.*
- c) Delitos cometidos en el seno de una organización criminal.*
- d) Delitos de falsificación de moneda.*
- e) Delitos de blanqueo de capitales.*
- f) Delitos de receptación del artículo 298.2 de este Código.*
- g) Delitos de trata de seres humanos.*
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.*
- i) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años.*
- j) Delitos informáticos de los artículos 197.2 y 3 ó 264 de este Código.*
- k) Delitos de corrupción entre particulares.*

*Entre otros, podrá constituir un indicio suficiente del origen ilícito de los bienes o efectos el hecho de que su valor sea desproporcionado con respecto*

a los ingresos obtenidos legalmente por las personas con relación a las cuales el comiso se acuerda.

2. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo anterior.

3. 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.

4. El comiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas similares 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.”

Art. 127 sexies

“1. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

2. La autoridad judicial, cuando se trate de bienes o efectos procedentes de alguno de los delitos del artículo 127 bis 1, podrá autorizar que el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, policías autonómicas o el Servicio de Vigilancia Aduanera. En este caso, corresponderá a las administraciones de las que dependan resolver sobre la utilización final de los bienes decomisados cautelarmente y sobre las medidas de conservación que deban ser adoptadas conforme a lo que se disponga legal y reglamentariamente, e informarán al Juez o Tribunal y al Fiscal de lo acordado. Excepcionalmente, se podrá autorizar que el objeto del decomiso pueda ser utilizado por otras administraciones públicas, cuando se trate de bienes especialmente idóneos para la prestación de un servicio público y puedan ser adoptadas medidas eficaces para la conservación de los mismos.

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.”

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 374

“En los delitos previstos en los artículos 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos,

*materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los artículos 127 y 128 de este Código y a las siguientes normas especiales:*

*1. Una vez firme la resolución que hubiera acordado el comiso de las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas intervenidas, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.*

*2. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.”*

*Artículo 127 bis*

*“1. El Juez o Tribunal ordenará también el comiso de los bienes y efectos pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando aprecie indicios racionales suficientes que acrediten que los bienes o efectos provienen de la misma categoría de actividades delictivas cometidas por la persona condenada:*

- a) Delitos de terrorismo.*
- b) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373 de este Código.*
- c) Delitos cometidos en el seno de una organización criminal.*
- d) Delitos de falsificación de moneda.*
- e) Delitos de blanqueo de capitales.*
- f) Delitos de trata de seres humanos.*
- g) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.*
- h) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años.*
- i) Delitos de corrupción entre particulares.*
- j) Insolvencias punibles, delitos relativos al mercado y a los consumidores y delitos societarios.*
- k) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.*
- l) Delitos contra la Administración pública.*

*Entre otros, podrá constituir un indicio suficiente del origen ilícito de los bienes o efectos el hecho de que su valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por las personas con relación a las cuales el comiso se acuerda.*

*2. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos de la misma categoría cometidos con anterioridad, el Juez o Tribunal valorará el alcance del comiso anterior acordado al resolver sobre el comiso en el nuevo procedimiento.*

3. *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.*"

*Artículo 127 sexies*

*"1. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.*

*2. La autoridad judicial, cuando se trate de bienes o efectos procedentes de alguno de los delitos del artículo 127 bis 1, podrá autorizar que el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, policías autonómicas o el Servicio de Vigilancia Aduanera. La autoridad judicial habrá de resolver sobre la utilización final de los bienes decomisados cautelarmente y sobre las medidas de conservación que deban ser adoptadas conforme a lo que se disponga legal y reglamentariamente. Excepcionalmente, se podrá autorizar que el objeto del decomiso pueda ser utilizado por otras administraciones públicas, cuando se trate de bienes especialmente idóneos para la prestación de un servicio público y puedan ser adoptadas medidas eficaces para la conservación de los mismos.*

*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."*

#### IV. MOTIVACIÓN

En el encabezamiento del art. 374 CP se elimina la referencia al delito del art. 301.1, párrafo segundo, que contiene la infracción de blanqueo de capitales procedentes de un previo delito de tráfico de drogas tóxicas. Se trata de una mención innecesaria puesto que con la aplicación del art. 127 CP ya se logra el comiso de los instrumentos y ganancias del delito, y la regulación particular en materia de tráfico de drogas pretende añadir las propias drogas tóxicas como elemento asimismo decomisible, que no encaja en el art. 127 al constituir el objeto material del delito (no se trata de efectos, instrumentos ni ganancias), junto con los equipos, materiales y sustancias que constituyen el objeto material del delito del art. 371. El delito de blanqueo tiene como objeto material bienes procedentes de un

previo delito de tráfico de drogas, pero tales bienes no son las propias drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, sino cualquier cosa o derecho de lícito comercio y valorable económicamente, que ya sería abarcable por la regulación genérica de comiso del art 127 CP.

Gran parte de las previsiones del vigente art. 374 CP son eliminadas en el texto del Anteproyecto puesto que se trasladan a la regulación general del comiso contenida en el nuevo articulado del Anteproyecto (arts. 127 a 127 *sexies* y art. 128): así ocurre con la posibilidad de embargar y poner en depósito los bienes decomisables (art. 127 *sexies*) y con la posibilidad de utilización provisional de estos bienes (art. 127 *sexies*). Desaparecen las menciones al comiso por valor equivalente o comiso sustitutivo, que realmente ya resultaban superfluas puesto que esta figura estaba prevista en la regulación general del comiso.

En el texto del Anteproyecto desaparece el apartado 2 del art. 374 CP, relativo a la enajenación anticipada de los bienes decomisados; y asimismo se elimina el apartado 3, que se refería a la posibilidad de decretar la nulidad de actos o negocios jurídicos que afectasen a la titularidad o derechos sobre los bienes objeto de comiso. En cuanto a esta última facultad, su desaparición no impide obviamente la posibilidad de decretar la nulidad de ciertos actos, puesto que se trata realmente de una institución de naturaleza civil que por consiguiente ya aparece regulada en la normativa de este sector del ordenamiento, incluyendo la posibilidad de su apreciación de oficio. En cuanto a la posibilidad de enajenación anticipada de los bienes decomisados, cabe señalar que sigue formando parte del Derecho vigente puesto que aparece contemplada en el art. 367 *quater* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; si bien estamos ante una disposición que queda entonces al margen del Código penal, cabe señalar aquí los posibles reparos que puede plantear esta posibilidad al permitir la realización de un acto de disposición sobre un bien, en el marco del procedimiento penal, sin esperar a la firmeza de la resolución judicial correspondiente; fundamentalmente, por ejemplo, cabe recordar que se están realizando bienes pertenecientes a un sujeto cuya presunción de inocencia, y por lo tanto la presunción de licitud de los bienes y su origen, todavía no ha sido desvirtuada.

En este ámbito cobra especial relevancia la creación del nuevo art. 127 *sexies*, que establece como regla para determinadas categorías de-

lictivas la posibilidad de utilización provisional de los bienes decomisados, que originariamente sólo estaba prevista en el art. 374 CP para los delitos relativos a las drogas tóxicas. Esta posibilidad se amplía ahora al listado de figuras delictivas contenido en el art. 127 *bis* 1 CP, en el cual se incluyen los delitos contra la salud pública de los arts. 368 a 373 del Texto punitivo. De entrada, la principal objeción que se puede efectuar al catálogo incluido en el art. 127 *bis* se refiere a la mención de la corrupción entre particulares excluyendo los delitos relativos a la corrupción pública, y obviando otras figuras delictivas de carácter socioeconómico que resultan realmente más graves que el delito de corrupción privada. Asimismo, si realmente se quiere circunscribir este catálogo a las figuras delictivas más graves o que pueden producir más ganancias económicas, carece de sentido incluir infracciones como la receptación del artículo 298.2 (ya se encuentra en el listado el delito de blanqueo) o los delitos informáticos de los artículos 197.2 y 3 ó 264. El nuevo art. 127 *sexies* CP establece a mayores que la decisión sobre la utilización final de los bienes decomisados cautelarmente y sobre las medidas aptas para su conservación será tomada por la Administración que haya obtenido la facultad de su uso, debiendo únicamente informar al Juez o Tribunal y al Fiscal de la resolución adoptada. En primer lugar, hay que tener en cuenta que no estamos aquí ante un uso “final” de unos bienes, puesto que el precepto se centra en la utilización provisional mientras dura el procedimiento. Y en cualquier caso, sería más adecuado que también la autoridad judicial interviniera en la decisión final sobre el uso y la conservación de los bienes decomisados cautelarmente, y que tal previsión fuese incluida simultáneamente en el Código penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Finalmente, debe señalarse que la previsión de utilización provisional de bienes decomisados cautelarmente no deja de suscitar ciertas críticas, en la misma línea de lo manifestado al respecto de la enajenación anticipada de los bienes: aquí se está permitiendo la realización de actos sobre los bienes de una persona cuya presunción de inocencia todavía pervive mientras no llega a su fin el procedimiento penal.

Por último hay que atender al nuevo art. 127 *bis*, que regula el “comiso ampliado”, estableciendo un catálogo de figuras delictivas a las que resultará de aplicación esta figura, entre las cuales se encuentran los de-

litos relativos al tráfico de drogas (arts. 368-373 CP). Aquí cabe plantear de nuevo lo expuesto en relación con el art. 127 *sexies*: el catálogo cerrado de figuras delictivas presenta importantes ausencias, como las ya citadas de determinados delitos socioeconómicos o contra la Administración pública.

La nueva redacción del CP cambia la enunciación de la regla general del comiso ampliado, estableciendo que los tribunales decomisarán los bienes del sujeto “cuando aprecien indicios suficientes que permitan presumir que los bienes o efectos provienen de actividades delictivas similares a las cometidas por la persona condenada ‘que de otro tipo de actividades’ (*sic*)”. Eludiendo esta última expresión inconexa, que debería ser eliminada, observamos que la regla general deja de ser una presunción, puesto que se exige a los tribunales que para decretar el comiso ampliado no ha de bastar únicamente con constatar una desproporción entre actividades legales del sujeto y patrimonio poseído, sino que se exige la presencia de varios indicios que permitan concluir la procedencia delictiva de los bienes, uno de los cuales puede ser precisamente el desequilibrio en la situación patrimonial del afectado. Además, habría que modificar la redacción de este precepto fuese modificada en el sentido de que los indicios “evidencien” y no “permitan presumir” el hecho de la procedencia ilícita de los bienes; o también, que se emplee la expresión “permitan inferir”; efectivamente, si hay una auténtica prueba indiciaria, tal prueba ya no “permite presumir”, sino que realmente “acredita” un hecho.

Por citar otro punto controvertido, el texto del Anteproyecto prevé que los bienes decomisables pueden proceder no sólo del mismo tipo de delito por el que se está enjuiciando a la persona en cuestión, sino también de otras actividades delictivas “similares” a las cometidas por este sujeto. Sin duda se trata de un concepto jurídico indeterminado y de difícil precisión; además ni siquiera las propias infracciones mencionadas en el art. 127 *bis* guardan similitud entre sí. Y finalmente, entre otros posibles obstáculos a los que puede enfrentarse esta regulación, no hay que olvidar que la norma se centra en analizar el patrimonio del sujeto enjuiciado, sin tener en cuenta la posibilidad de que las posibles ganancias o bienes delictivos hayan experimentado un cambio de titularidad, al haberse transmitido a terceras personas.

# 23. DELITOS DE MALVERSACIÓN: ARTS. 432 Y SS.

**LUIS ROCA AGAPITO**

*Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Oviedo*

---

## *Art. 432*

### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 432*

*“1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.*

*2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.*

*3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años”*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 432*

*“1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 de este Código sobre el patrimonio público administrado, será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años.*

2. Si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro propio o ajeno se impondrá una pena de dos a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

3. Se impondrán las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años, en el caso del número 1, y de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años en el caso del número 2, si en los hechos hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) Se hubiera causado un perjuicio de especial gravedad, atendido el daño o entorpecimiento causado al servicio público.

b) Concurriese la circunstancia del ordinal 6º del número 1 del artículo 250 de este Código.

4. Cuando el perjuicio causado resulte de escasa gravedad y no haya causado una alteración relevante al servicio público, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de seis meses a tres años."

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 432

"1. La autoridad o funcionario público que, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispusiere fraudulentamente del patrimonio público que tuviere encomendado o contrajere obligaciones con cargo al erario público, causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a la Administración, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de cuatro a diez años.

2. La autoridad o funcionario público que sustrajere o consintiere que un tercero sustraiga caudales o efectos públicos que tuviere a su cargo por razón de sus funciones, será castigado con las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de seis a diez años.

3. Se impondrán las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de seis a diez años, en el caso del apartado 1, y de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta de diez a veinte años, en el caso del apartado 2, si en los hechos hubiese concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) Se hubiera causado un perjuicio de especial gravedad, atendido el daño o entorpecimiento ocasionado al servicio público.

b) El importe de la malversación excediese de 50.000 euros.

c) Las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si estuviesen destinadas a aliviar alguna calamidad pública.

*4. Si el importe de la malversación no excediese de 1.000 euros y no se hubiese causado una alteración relevante al servicio público, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de seis meses a tres años.”*

## IV. MOTIVACIÓN

1. En principio hay que valorar positivamente la configuración de la malversación como una administración desleal de patrimonio público. Esto va a permitir castigar conductas que causan perjuicio al erario público, pero que no podían ser calificadas como malversación, como por ejemplo la venta de bienes públicos por debajo de su valor (STS 1026/2009, 16-10). Sin embargo, esto no quiere decir que haya que suprimir la modalidad de apropiación de caudales públicos. Si el Anteproyecto distingue entre administración desleal (art. 252 ACP/2012) y apropiación indebida (art. 253 ACP/2012), parece lógico que en la malversación se mantenga también dicha distinción, y dada la distinta gravedad de una y otra conducta se propone sancionar más la modalidad de apropiación. Por este motivo en el apartado 1 se prevé una modalidad de administración desleal y en el apartado 2 una modalidad de apropiación.

2. En la modalidad de administración desleal (apartado 1) se prefiere describir la conducta típica en vez de remitirse al artículo 252. De este modo la taxatividad del precepto queda mejor garantizada. Para describir la conducta típica se ha recurrido a trasladar aquí el delito de administración desleal del vigente artículo 295 y que el Anteproyecto pretende derogar (no porque desincrimine dicha conducta, sino porque quedaría ya abarcada por la del artículo 252). Sin embargo, el tenor literal del artículo 295 CP/1995 es mejor que el del proyectado artículo 252 ACP/2012. Por otra parte, la LO 7/2012, de 27 de diciembre, ha seguido este mismo procedimiento, trasladando al ámbito de la Administración pública el delito de falsedad de documentos sociales del artículo 290 CP/1995.

3. En la modalidad de apropiación (apartado 2) se mantiene la tradicional redacción de esta figura delictiva, pero prescindiendo del requisito del ánimo de lucro, que supone un cuerpo extraño a la malversación.

Lo importante en este delito no es que el funcionario se lucre o trate de beneficiar a un tercero, sino el perjuicio que causa al patrimonio público y la infidelidad para con la Administración y los ciudadanos a que sirve. Por ello, tampoco resulta necesario prever un tipo agravado cuando medie ánimo de lucro. El Juez a la hora de determinar la pena en el caso concreto ya podrá tener en cuenta dicho ánimo. Además, con respecto a la malversación impropia del artículo 435.3 CP/1995, tampoco tiene ningún sentido el exigir el ánimo de lucro.

4. En cuanto a los tipos agravados (apartado 3) no se comprende el porqué de la supresión de la malversación que recaiga sobre cosas declaradas de valor histórico o artístico, así como de las destinadas a aliviar alguna calamidad pública. Se propone su recuperación. Por otra parte, la remisión que hace el Anteproyecto al nº 6 del artículo 250.1 resulta inapropiada en lo que se refiere a que la malversación afecte a una pluralidad de personas. Este supuesto ya va implícito en el tipo agravado de la letra a) relativo al daño o entorpecimiento al servicio público. Por eso se dice simplemente que el valor de lo malversado exceda de 50.000 €.

5. Respecto del tipo atenuado (apartado 4), la seguridad jurídica exige establecer una cuantía fija por debajo de la cual se entiende que la malversación no reviste especial gravedad. Actualmente esa cuantía está fijada en 4.000 €, sin embargo, por coherencia con lo previsto en otros delitos se propone que esa cuantía sea la de 1.000 €. Sin embargo, no sólo debe tenerse en cuenta el criterio económico para fijar la escasa gravedad del hecho, sino también el criterio funcional de no haber causado una alteración relevante al servicio público.

### *Art. 433*

## I. TEXTO VIGENTE

### *Art. 433*

*“La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.*”

*Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.”*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

Art. 433

*“La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos previstos en el artículo anterior, y con perjuicio para la causa o servicio público, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis meses.”*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 433

*“1. La autoridad o funcionario público que diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, será castigado con penas de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis meses.*

*2. Si se causase un perjuicio de especial gravedad, atendido el daño o entorpecimiento ocasionado al servicio público, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de cuatro a diez años.*

*3. Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas de los apartados 2, 3 ó 4 del artículo anterior, según los casos”*

## IV. MOTIVACIÓN

El artículo 433 ACP/2012 incrimina una conducta de uso indebido del patrimonio público. La regla general es que no se castiguen penalmente simples conductas de uso de bienes ajenos, es decir, conductas que no implican una intención de excluir de una forma definitiva al

propietario de sus bienes. Antes al contrario, simplemente comportan la intención de privar temporalmente al mismo, en este caso la Administración, de las facultades de uso de sus bienes, puesto que se actúa con la intención de restituirlos. Dada la importancia del objeto sobre el que recae dicha conducta (bienes muebles e inmuebles de carácter público, que están adscritos a fines públicos), parece justificada su incriminación. Dicho precepto viene a recoger prácticamente el vigente artículo 434 CP/1995. Sin embargo, no está justificado que se castigue con una simple multa una conducta que provoca un perjuicio para la causa o servicio público. Es cierto que la conducta no es muy grave (un simple uso), sin embargo, el resultado que provoca (perjuicio para la causa o servicio público) sí lo es. Es mejor prever un tipo agravado para estos casos y dejar para el tipo básico la conducta de simple uso indebido, sin más requisitos, castigada con una pena de multa.

### *Art. 434*

## I. TEXTO VIGENTE

### *Art. 434*

*“La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### *Art. 434*

*“Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión*

#### IV. MOTIVACIÓN

Esta atenuante específica para los funcionarios malversadores resulta inaceptable tanto desde un punto de vista político, como jurídico. Políticamente no resulta coherente con el mensaje de tolerancia cero que se quiere dar hacia este tipo de conductas corruptas. Jurídicamente tampoco resulta aceptable, pues si a la atenuante específica le sumamos un posible pacto de conformidad, al final un funcionario que se ha aprovechado de su cargo para llevarse el dinero público puede ser condenado a una pena ridícula. Por ejemplo, la pena prevista para los casos más graves de malversación es de 4 a 8 años de prisión e inhabilitación absoluta de 10 a 20 años. Si por efecto de la atenuante se rebaja en dos grados, aquella pena quedaría reducida a prisión de 1 a 2 años menos un día e inhabilitación absoluta de 2 años y 6 meses a 5 años menos un día. Si se pide el mínimo y se conforma quedaría en 8 meses de prisión y 1 año y 8 meses de inhabilitación absoluta. Esto es inadmisibile tanto desde el punto de vista preventivo de la pena, como desde la retribución. Además, esta atenuante específica no añade nada a las atenuantes previstas ya con carácter general de confesión y reparación del daño en los artículos 21.4 y 5 CP. Por otra parte, la atenuante específica sólo piensa en la reparación del daño al erario público, pero no dice nada acerca del perjuicio que se haya podido causar a la prestación del servicio público. Lo único que cuenta es que se reintegre el dinero malversado, pero nada más. Para esto ya está previsto el comiso y la responsabilidad civil.

#### *Malversación impropia*

#### I. TEXTO VIGENTE

Art. 435

*“Las disposiciones de este capítulo son extensivas:*

*[...]*

*3° A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 435*

*“4. A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se altera el orden de pagos de los créditos establecido en la ley”.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Cambio de ubicación sistemática de la malversación impropia del apartado 3 y supresión del apartado 4 del artículo 435 CP. Véase la propuesta en las enmiendas a los artículos 257 ss. ACP/2012, concretamente en el artículo 258 bis ACP/2012.*

## IV. MOTIVACIÓN

1. Se propone que la malversación impropia se traslade a los delitos de alzamiento de bienes, pues en el fondo lo que se trata de proteger con dicha infracción son los intereses económicos de los acreedores. Por otra parte, con ello se gana que la malversación quede circunscrita a conductas que recaen exclusivamente sobre el patrimonio público.

2. La mención expresa a los administradores concursales no añade nuevo que no esté ya contemplado en la malversación impropia del apartado 3 del artículo 435 CP/1995 (que se refiere expresamente a los “administradores”), en la administración desleal del artículo 252 ACP/2012, en la apropiación indebida del artículo 253 ACP/2012, en los delitos de alzamiento de bienes de los artículos 257 ss. ACP/2012 o en las insolvencias punibles de los artículos 259 ss. ACP/2012.

# 24. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: INUTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS DE CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE PENAS Y MEDIDAS: ART. 468 CP

**MIRIAM CUGAT MAURI**

*Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Barcelona*

**JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS**

*Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

---

## I. TEXTO VIGENTE

*Ninguno*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 468.3*

*Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una de multa de seis a doce meses, salvo que los hechos estuvieran ya castigados con una pena más grave por alguna otra norma de este Código.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión*

#### IV. MOTIVACIÓN

La introducción de este nuevo tipo penal no cubre ningún vacío de punibilidad. La conducta consistente en inutilizar los dispositivos electrónicos podía ya castigarse por la vía del delito de desobediencia (art. 556 CP), como reconoce la Circular FGE 6/2011.

La pretensión de incluir este nuevo tipo implica, por un lado, reducir considerablemente su penalidad en relación con la pena que le correspondería si se le considerara un delito de desobediencia (pena de multa de seis a doce meses frente a la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, de acuerdo con la nueva regulación del APCP). Por otro lado, al incluir una cláusula concursal para desplazar la aplicación de este precepto por cualquier otro que castigue dichos hechos con mayor gravedad, impide que pueda tener un ámbito de aplicación posible por ser siempre desplazado por el delito de desobediencia del art. 556 CP.

El eventual efecto disuasorio que sobre la conducta del sometido a estas medidas de control pudiera tener una tipificación expresa, podría fácilmente obtenerse —y de una manera más eficaz— incluyendo en las instrucciones sobre mantenimiento del dispositivo, por un lado, una orden expresa sobre el mantenimiento en buen estado del dispositivo, pues el delito de desobediencia sólo puede cometerse respecto de órdenes dirigidas a sujetos determinados y no con relación a obligaciones genéricas; y, por otro, información sobre las responsabilidades penales que podrían derivarse del incumplimiento de tal orden (como se hace también en los delitos electorales) para evitar la alegación de error de prohibición.

Por último, la ubicación de este nuevo tipo penal entre los delitos de quebrantamiento de condena no resulta sistemáticamente adecuada, ya que el mero hecho de inutilizar o perturbar el funcionamiento del dispositivo por sí mismo no implica una voluntad de aprovecharse del mal funcionamiento del dispositivo para quebrantar la pena, medida de seguridad o medida cautelar impuesta.

# 25. DELITOS DE INCITACIÓN AL ODIO, LA HOSTILIDAD, LA DISCRIMINACIÓN O LA VIOLENCIA

**ANA GARROCHO SALCEDO**

*Profesora ayudante de Derecho penal  
Universidad Carlos III*

**GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS**

*Catedrático Derecho Penal  
Universidad de Jaén*

---

## I. TEXTO VIGENTE

*Art. 510*

*“Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 510*

*1. “Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.*

*1º.*

*a) Quienes fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, re-*

*ligión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad.*

b) *Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos.*

2. *Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:*

a) *Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad, o para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.*

b) *Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.*

c) *Quienes nieguen, hagan apología, o trivialicen gravemente los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado que se hubieren cometido contra un grupo o una parte del mismo por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, y que hubieran sido declarados probados por los Tribunales de Nüremberg, por la Corte Penal Internacional o por otros Tribunales Internacionales, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.*

3. *El Juez o Tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del*

*delito a que se refiere el apartado anterior o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo”.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

1. *“Serán castigados con una pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:*

*a) Quienes inciten directamente a la discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, identidad sexual, enfermedad o discapacidad.*

*b) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones o expresiones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos.*

### IV. MOTIVACIÓN

En primer lugar se propone la despenalización de la incitación directa e indirecta al «odio y hostilidad».

Al tratarse de un comportamiento previo al acto preparatorio de provocación de actos discriminatorios o violentos, la creación de un sentimiento etéreo (un estado de ánimo impune) de antipatía y aversión asentado en móviles discriminatorios, carece de capacidad para generar o incrementar el riesgo de lesión del bien jurídico. Por ende, la penalización del germen de una intención infringe los principios de lesividad, al no lesionar ni crear un peligro relevante para la dignidad, igualdad o seguridad, quebranta la libertad ideológica, de pensamiento, expresión, y supone el retorno a un Derecho penal de autor.

De otra parte, consideramos que debe mantenerse la incitación directa como expresión de un acto de provocación, ligada exclusivamente a la discriminación y violencia discriminatoria, siendo punibles la incitación directa a la comisión de uno de los delitos de discriminación —artículos 511 y 512— y la provocación de actos violentos con móviles discriminatorios, siempre que concurra el dolo de consumación y una capacidad suficiente *ex ante* para solicitar la comisión de un delito concreto a través de un medio que facilita la difusión del mensaje. Junto a estos elementos, debe añadirse la verificación *ex post* de la potencial captación por el grupo del mensaje recibido. Sólo así se respeta la doctrina del TEDH que, al interpretar que la libertad de expresión, no puede dar cobertura al “discurso del odio”, lo concibe como incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias.

(ERGOGDU e INCE c. Turquía, 8 de julio de 1999 (TEDH 1999, 97); JERSILD c. Dinamarca, 23 de septiembre de 1994 (TEDH 1994, 31); INCAL c. Turquía, 9 de junio de 1998 (TEDH, 1998, 54); SÜREK y ÖZDEMİR c. Turquía, 8 de julio de 1999 (TEDH, 1999, 60).

Aunque la Exposición de Motivos del Anteproyecto alude a la necesidad de armonización de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia, lo cierto es que la letra a) del apartado 1º del 510, no respeta su contenido. En efecto, la Decisión Marco circunscribe la sanción a los supuestos de «*incitación pública al odio y violencia*». Lejos de asumir la idea de reducción de la conducta típica a la incitación directa, el Anteproyecto extiende el castigo a otras conductas que no alcanzan la categoría de actos preparatorios, previos a los mismos, como fomentar o promover el odio, en las que no existe vestigio alguno de un peligro cierto, hipotético o potencial para el bien jurídico. Además, se introduce un nuevo concepto, «hostilidad», no exigido por la DM. En realidad, la hostilidad, interpretada como gestación de un contexto de abuso o de conductas de carácter agresivo por móviles discriminatorios, concuerda con el concepto de incitación al odio como proceso durante el que se engendra o incrementa la hostilidad hacia otros. Por esa razón consideramos que es un concepto superfluo.

Del mismo modo el Anteproyecto no sólo no es fiel a las recomendaciones de la Decisión Marco sino que tampoco sigue la línea emprendida por la STC 235/2007, de 7 de noviembre. Al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la negación del genocidio, el TC distinguió entre los supuestos de incitación directa e indirecta, admitiendo la incitación indirecta cuando la justificación o negación del delito incrementa el riesgo de lesión del bien jurídico, esto es, forje un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda desembocar en actos discriminatorios o violentos. Pues bien, el Anteproyecto no se limita a regular los casos de incitación sino que amplía la conducta típica, a los supuestos de fomento (sinónimo de promover) o promoción (impulsar el desarrollo de una acción) como conductas previas al acto preparatorio. En definitiva, la razón espuria por la que el Anteproyecto aniquila el término *provocación* es que, una interpretación estricta del mismo, sólo admite la sanción de los supuestos de incitación directa al delito, mientras que la incitación directa o indirecta al odio u hostilidad o las conductas de favorecimiento no tendrían cabida en el mismo.

De otro lado, respecto a los móviles discriminatorios hay que resaltar que el Anteproyecto regula un espectro más amplio de móviles discriminatorios que la DM —que se circunscribe a los grupos tradicionalmente protegidos en el delito de genocidio— al añadir una referencia a grupos identificables en función de su *ideología, situación familiar, sexo, orientación sexual, enfermedad, discapacidad*. Por otro lado, no ha tenido en cuenta el móvil discriminatorio basado en la «identidad sexual» de la víctima que aparece contenido en la circunstancia agravante genérica del artículo 22.4º CP (introducida por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Un error que se advierte actualmente en los artículos 510, 511, 512 CP.

Respecto a la pena el Anteproyecto sigue sancionando con más severidad el acto preparatorio de la discriminación que una discriminación efectiva de los artículos 511 y 512 CP (interpretamos que la sanción debe ser equivalente o inferior a la pena del delito provocado). Asimismo eleva desproporcionadamente e iguala injustificadamente la sanción de uno a cuatro años entre comportamientos de diferente naturaleza jurídica, que, evidentemente, no son merecedores de la misma pena. En función de la cercanía del peligro, no es lo mismo la *incitación directa*

(provocación), la *indirecta* (incrementar el riesgo de lesión del bien jurídico), o el *favorecimiento* (promover o fomentar) del odio o la hostilidad en el que ni tan siquiera existe un peligro hipotético o potencial para el bien jurídico. Así, pues, la diferencia entre las conductas que favorecen el odio y la incitación indirecta reside en que, en aquéllas, no se exige la condición adicional de suponer siquiera un peligro potencial para el bien jurídico, en la medida que el odio o la hostilidad son actitudes o sentimientos, legítimos obviamente conforme a la CE y no representan un peligro relevante para los grupos o colectivos de referencia, protegidos a través de dicha tipificación.

En cuanto a la letra b) del apartado 1º del artículo 510, se sanciona con la misma pena a las conductas anteriores de incitación, la lesión de la dignidad mediante acciones (entendemos que debe añadirse «expresiones») humillantes, de menosprecio o descrédito de carácter discriminatorio. Con ello se incriminan con idéntica penalidad los actos preparatorios o previos a los actos preparatorios de conductas discriminatorias y las expresiones que lesionan de forma efectiva la dignidad de los miembros del colectivo protegido. A diferencia del StGB alemán, parágrafo 130, número 2 del apartado 1º, que exige que junto a la vulneración de la dignidad, la conducta tenga una capacidad objetiva *ex ante* para perturbar la paz pública, la regulación del art 510.2 propuesta en el ACP no exige ningún elemento adicional que restrinja la tipicidad de la conducta, siendo suficiente que la humillación tenga un doble carácter, individual y colectivo, de afectación a la dignidad de los miembros del grupo aunque la conducta recaiga sobre alguno de sus miembros de forma individual. En estos casos de lesión de la dignidad del grupo por móviles discriminatorios, lo más probable es que el artículo 510.2 ACP plantee en concurso de normas con los artículos 208, 173 y 525 del CP. De ser así deberá aplicarse la norma especial, esto es, el artículo 510 que protege el derecho a la dignidad de la persona y al mismo tiempo el derecho a la igualdad o la dignidad del grupo al que pertenece el afectado por la humillación, el menosprecio o el descrédito. *Sensu contrario*, en los otros preceptos, arts. 208, 173, 525 CP, se defendería exclusivamente la dignidad, la integridad moral, el derecho a la libertad religiosa del sujeto individual, respectivamente.

Con respecto al apartado 2º, letra a), del artículo 510, se solicita la supresión del mismo por representar un ataque al principio de lesividad, proporcionalidad, y a la libertad de expresión, la ideológica, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, a la producción y creación literaria, artística, etc.

Se trata de un precepto dogmática y político-criminalmente criticable por penalizar participaciones no delictivas, que presenta una gran inseguridad en sus fundamentos y conlleva una imprecisa delimitación, abusando de conceptos indeterminados. Asimismo no asume la DM (letra b), apartado 1º, artículo 1) que sólo recomienda la sanción de la «difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales que inciten públicamente al odio o violencia», esto es, cuando tales conductas tengan un carácter provocador y no sean de mero favorecimiento.

A su vez, el Anteproyecto uniforma y sanciona con idéntica pena diversas modalidades de comportamiento que responden a naturalezas jurídicas desiguales. Por un lado, con la propuesta planteada en el ACP se sancionan con idéntica penalidad supuestos de venta o difusión efectiva de material idóneo para incitar directa o indirectamente al odio, la violencia, la discriminación, etc., y por otro lado, conductas de preparación de las conductas anteriores, de elaboración o posesión con fines de divulgación a terceros. Esta unificación de diferentes conductas bajo la misma pena es incompatible con la DM que, como se ha expuesto, únicamente solicita la sanción de los comportamientos que contribuyen a la incitación pública, es decir, a la difusión de escritos o imágenes que tengan por finalidad la provocación al odio o violencia.

De aceptarse la solución que proponemos, esto es, si el apartado primero del artículo 510 del Anteproyecto se circunscribe a la sanción de la *incitación directa* a la discriminación y violencia y los ataques a la dignidad por móviles discriminatorios, una gran parte de las conductas reseñadas en el apartado segundo, letra a) del 510 del Anteproyecto podrían subsumirse al apartado 1º, siempre que supongan una llamada a la consumación, en calidad de autor o coautor, de un delito discriminatorio o atenten contra la dignidad por móviles discriminatorios.

En caso contrario, de no aceptarse la alternativa presentada, serían punibles conforme al artículo 510, 2º, a) ACP los comportamientos del librero, editor, director de la publicación, entre otros, que, posee con

finalidad de difundir o difunde, libros, revistas, artículos, comentarios, etc., que a su vez sustenten ideas, opiniones, afirmaciones, reflexiones con capacidad objetiva *ex ante* (idoneidad) para favorecer o incitar al odio o la hostilidad, que como hemos dicho son actitudes que deben estar protegidas por la libertad personal e ideológica. De confirmarse tal incriminación, se estarían vulnerando palmariamente los artículos 16 y 20 de la CE, al sancionar comportamientos hasta ahora impunes, salvo que el librero o el editor se identifiquen expresamente con los delitos cometidos y demanden o inciten la comisión de algunos de los delitos citados, en cuyo caso estaríamos ante supuestos perfectamente subsumibles en el apartado primero del art 510 ACP. Ahora bien, como la previsión del nº 2 del 510 letra a) no exige el criterio adicional de la identificación expresa con el mensaje contenido en el escrito, unido a la incitación directa a la violencia o la discriminación, el delito se consumaría con la mera posesión para difundir, o la difusión misma de esas ideas, siempre que el escrito o mensaje tenga capacidad objetiva *ex ante* para incitar directa o indirectamente, promover, fomentar el odio o la hostilidad, o posea capacidad para lesionar la dignidad del colectivo o grupo protegido. En definitiva, la no supresión de este apartado supondría ciertamente el quebrantamiento del principio de lesividad al sancionar con penas de prisión conductas de anticipación a la preparación, que puedan generar sentimientos de odio o actitudes en la ciudadanía, sin circunscribir dichos sentimientos a su externalización mediante actos de violencia o discriminación.

Con respecto al apartado 2º letra b), del artículo 510, solicitamos su supresión ya que no es una exigencia de la DM y afecta el principio de lesividad, libertad de expresión, libertad ideológica, etc.

Como puede observarse la letra b), apartado 2º, transforma en tipo autónomo una modalidad de apología que no requiere la incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, violencia o discriminación. La consumación del delito sólo requiere que se produzcan conductas de enaltecimiento del ejecutor o justificación de los delitos, aunque no se promueva o incite al odio ni supongan una humillación o menosprecio de las víctimas. En este sentido, y, en el supuesto de que este apartado no desaparezca, consideramos oportuno condicionar la tipicidad de dichas conductas de enaltecimiento del autor y justificación de los delitos

a la interpretación constitucional ofrecida en la STC 235/2007, de 7 de noviembre. En dicha sentencia, el TC confirmó la constitucionalidad del delito previsto en el art 607.2 CP (ahora suprimido por el ACP) en relación con la justificación del genocidio, en la medida que dicha justificación del delito de genocidio suponga, por un lado, «una *incitación indirecta* a cometer genocidio, o, por otro lado, cuando «*la conducta (...) busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos (...) de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación*». De ese modo, sólo sería punible el enaltecimiento o justificación cuando creen un peligro cierto que genere un clima de hostilidad que pueda desembocar en actos violentos o discriminatorios, o supongan, al menos, una incitación indirecta a la comisión de delitos.

En relación al apartado 2º letra c), del artículo 510, solicitamos su supresión por representar un ataque a principios básicos del derecho penal: taxatividad, lesividad, proporcionalidad y respeto a las libertades de expresión, ideológica, etc.

Aunque la letra c), del número 2, del art. 510 parece inspirarse en los apartados 1º letras c), d) y apartado 4º del artículo 1º de la DM de 2008, la realidad es que tampoco obedece a su contenido, pues la DM exige que *la apología pública, la negación o la trivialización flagrante (...)* «puedan incitar a la violencia o al odio», mientras que el Anteproyecto lo dilata a supuestos de *promoción o favorecimiento* de un clima de hostilidad, etc. En definitiva, conforme al ACP, no es necesario que se cree un designio delictivo o se genere un peligro cierto de lesión del bien jurídico, siendo suficiente con actos de negación, apología o de trivialización (quitarle importancia a un delito o menospreciar su trascendencia) de determinados delitos que ayuden a fomentar o promover un ambiente hostil hacia determinadas personas. Ahora bien, a diferencia de los demás apartados, en este sólo se protege a las víctimas cuando la negación, apología y trivialización afecte a los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, que hayan sido probados por determinados Tribunales internacionales y siempre que las conductas citadas «promuevan o favorezcan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos protegidos», es decir, que dichas conductas tengan la capacidad objetiva

*ex ante* para favorecer (no crear) un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación contra los colectivos protegidos.

El TC declaró en la STC 235/2007, de 7 de noviembre la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio por ser contrario a la libertad de expresión. No obstante en sus razonamientos planteó *obiter dicta* una posible compatibilidad constitucional de un delito de negacionismo, siempre y cuando el legislador introdujese algún elemento de restricción. En tal sentido, el TC sostuvo expresamente que el negacionismo podría ser punible solo si dicha negación *fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado*» (Cfr. STS 235/2007, de 7 de noviembre-FJ 8º *in fine*). Por tanto, entendemos que el prelegislador debería atender dicha exigencia y no conformarse con *promover o favorecer* un clima de hostilidad o violencia contra ciertos grupos, sino condicionar la tipicidad de dichas conductas a la efectiva *creación* de un clima que ponga en peligro, así sea de forma abstracta o potencial, a los grupos protegidos, quienes pueden verse sometidos a actos de discriminación o violencia.

Cabe preguntarse entonces ¿dónde radican las diferencias entre el enaltecimiento y justificación de la letra b), y la apología y negacionismo de la letra c), del apartado 2º del 510 del Anteproyecto? Conforme a la STC 235/ 2007, de 7 de noviembre, como se ha expuesto, tanto la negación como la justificación del delito exigen la presencia de un peligro cierto de lesión del bien jurídico o, al menos, una incitación indirecta a la comisión de delitos. Sin embargo, en el delito de enaltecimiento o justificación del art 510.2 b) ACP, el prelegislador no restringe la tipicidad de dichas conductas a la generación —así sea como incitación indirecta— de violencia o discriminación. Con respecto al delito de negacionismo o apología del art 510.2 c), el anteproyecto condiciona la tipicidad a que, a través de la apología o el negacionismo, «se promueva o favorezca un clima de odio, hostilidad, violencia o discriminación». Dicha restricción resulta, a nuestro juicio, excesivamente laxa en la medida que la tipicidad de la conducta de negacionismo o apología no se circunscribe a la incitación directa o indirecta de la comisión de delitos, sino que basta con que ella implique el mero favorecimiento de un clima de odio, hostilidad, violencia o discriminación, alejado de la puesta en peligro de los grupos protegidos. Asimismo, y de acuerdo con la propuesta aquí

defendida, el favorecimiento de un clima de odio u hostilidad contra grupos sociales que han sufrido tradicionalmente discriminación, debe permanecer impune, pues la generación de sentimientos o actitudes inocuas sin contenido violento o discriminatorio contra los grupos deben estar amparados por la libertad personal e ideológica de los individuos.

*Finalmente, proponemos la supresión del apartado 3º del artículo 510 porque desprende el hedor de las sociedades autoritarias.*

Este apartado representa un retorno a las hogueras, a la quema de libros, a la caza de brujas, a *Fahrenheit 451*, al permitir al Juez o Tribunal la «destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito», el bloqueo del acceso o la interrupción de dichos materiales en Internet.

# 26. ASOCIACIONES ILÍCITAS Y ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

## 26.1. Asociaciones ilícitas

**PATRICIA FARALDO CABANA**

*Catedrática de Derecho Penal*

*Universidad de A Coruña*

**M<sup>a</sup> JOSEP CUENCA GARCÍA**

*Profesora Lectora de Derecho Penal*

*Universidad Autónoma de Barcelona*

---

### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 515 CP*

*Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:*

*1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.*

*2. (...)*

*3. Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.*

*5. Las organizaciones de carácter paramilitar.*

*5. Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.*

*6. (...)*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 515 CP*

*Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:*

*1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.*

*2. Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.*

*3. Las organizaciones de carácter paramilitar.*

*4. Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, o inciten a ello.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión de los artículos 515 a 521 bis CP.*

## IV. MOTIVACIÓN

Lo que en realidad debería hacerse de una vez es suprimir los delitos de asociaciones ilícitas en su totalidad, puesto que se han convertido en inaplicables tras la aparición de los delitos de organización y grupo criminal, que prevén la resolución de los problemas concursales entre ambas figuras delictivas por medio de la regla 4<sup>a</sup> del artículo 8 CP (artículo 570 *quáter* 2 CP), lo que supone aplicar siempre los delitos de organización y grupo criminal, más gravemente penados (vid. más ampliamente FARALDO CABANA, 2012).

Si se desea mantener estos delitos, habría que tener en cuenta al menos los siguientes aspectos. Las reformas que se introducen en el artículo 515 CP responden a tres justificaciones distintas. Por un lado, se trata de una simple reenumeración de los distintos apartados del precepto que toma nota de la supresión del apartado 2<sup>o</sup> por el apartado centésimo trigésimo sexto del artículo único de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

(reforma en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010), y del apartado 6º por el apartado centésimo quincuagésimo primero del artículo único de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (reforma en vigor a partir del 1 de octubre de 2004). Esta modificación es razonable, por cuestiones puramente estéticas.

En segundo lugar, la supresión total del Libro III, dedicado a las faltas, ha supuesto la eliminación de la mención de la perpetración reiterada de faltas como posible contenido del plan criminal de la asociación. Aumenta la desproporción que suponen las elevadas penas previstas para el delito de asociación ilícita respecto de las previstas para los delitos leves. En no pocas ocasiones está más castigada la asociación para delinquir que la comisión, incluso reiterada, de los delitos que integran el programa criminal. Eso sí, se solventan las dudas de constitucionalidad que plantea la tipificación de la asociación para cometer faltas reiteradas, que no parece tener encaje en la definición constitucional de las asociaciones ilegales del artículo 22 de la Constitución española, según el cual “Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito [que no como falta] son ilegales” (así, REBOLLO VARGAS en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN, 2004, II, 2447).

En tercer lugar, se modifica notablemente la descripción de las asociaciones “discriminatorias”, recogida actualmente en el apartado 5º, convertido en el 4º en el Anteproyecto. La sustitución del término “minusvalía” por el más correcto políticamente de “discapacidad” es, en principio, irrelevante, salvo que la aplicación jurisprudencial de la nueva definición de discapacidad en el artículo 25 CP, que también es objeto de modificación, dé lugar a una interpretación más generosa que la que se hacía hasta ahora respecto del término “incapaz”. Por su parte, supone una ampliación la referencia a que el fomento, la promoción y la incitación pueden realizarse “directa o indirectamente”. Si ya es inaceptable el elevado grado de indeterminación de la conducta en su redacción actual (vid. las referencias doctrinales en FARALDO CABANA, 2012, 154), el adverbio “indirectamente” empeora la situación. A ello se suma el que se equiparen punitivamente conductas de promoción directa de la violencia con otras de fomento indirecto del odio, lo que no parece razonable.

## 26.2. Organizaciones criminales: Art. 570 bis 1

**PATRICIA FARALDO CABANA**

*Catedrática de Derecho Penal*

*Universidad de A Coruña*

**M<sup>a</sup> JOSEP CUENCA GARCÍA**

*Profesora Lectora de Derecho Penal*

*Universidad Autónoma de Barcelona*

---

### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 570 bis apartado 1 CP*

*1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquélla tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.*

*A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 570 bis apartado 1 CP:*

*1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquélla tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán*

*castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.*

*A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Art. 570 bis apartado 1 CP:*

*1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años si se tratare de delitos menos graves; y quienes participaren activamente en la organización serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años si se tratare de delitos menos graves.*

*A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos graves o menos graves.*

### IV. MOTIVACIÓN

Las reformas que se introducen en el Capítulo VI, “De las organizaciones y grupos criminales”, del Título XXII, dedicado a los “Delitos contra el orden público”, tienen su origen en la supresión del Libro III, dedicado a las faltas, pues simplemente se elimina el inciso final del párrafo 2º, que incluía en la definición de la organización criminal las agrupaciones que tuvieran el fin de “llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”. Esa desaparición es irrelevante, puesto que en ningún caso se puede entender que para castigar los delitos de organización y grupo criminal basta que el plan criminal esté integrado por un solo delito: a diferencia de la asociación para delinquir, se incluye una clara restricción en relación con el número, ya que al utilizarse el plural no puede tratarse

de uno solo. Necesariamente han de ser siempre varios (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2011, 1926).

Ahora bien, convendría plantearse si es razonable castigar con penas tan severas como la prisión de tres a seis años para los dirigentes y de uno a tres para los miembros y cooperadores externos la mera conducta de organizarse para cometer delitos leves que, incluso como continuados, pueden estar castigados nada más que con penas de multa. La desproporción entre la amplitud de la descripción típica del delito de asociación ilícita, y en la actualidad de los delitos de organización y grupo criminal, que permite abarcar agrupaciones de una entidad bagatelar (y no cabe calificar más que como bagatelar la comisión de infracciones leves), y las contundentes penas previstas obliga a una aplicación necesariamente restrictiva. El legislador debería asumirla y deshacer lo iniciado en la reforma de 2003, limitando el castigo de las organizaciones criminales a los casos en que el plan criminal está integrado por delitos graves o menos graves, excluyendo expresamente los leves. De esta forma el Ordenamiento jurídico español no se excedería de forma tan evidente del mínimo común denominador que representan a nivel mundial la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Transnacional Organizada, firmada en Palermo en el año 2000, y a nivel europeo la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, instrumentos ambos que establecen criterios de gravedad de las infracciones que pueden integrar el plan criminal: así, la Convención de Palermo menciona “el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención” (artículo 2 a), definiendo los delitos graves como los castigados con una pena privativa de libertad máxima no inferior a cuatro años; en el mismo sentido, la Decisión Marco 2008/841/JAI habla de “cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa” (artículo 1.1).

Además, habría que limitar las conductas típicas a las de promoción, constitución, organización, coordinación o dirección, por un lado, y a las de participación activa, por otro. No merece sanción la mera integración no activa. La cooperación económica o de cualquier otro modo debería

sancionarse únicamente cuando reuniera los requisitos de la inducción, la cooperación necesaria o la complicidad.

## 26.3. Grupos criminales: Art. 570 ter apartado 1 CP

**PATRICIA FARALDO CABANA**

*Catedrática de Derecho Penal*

*Universidad de A Coruña*

**M<sup>a</sup> JOSEP CUENCA GARCÍA**

*Profesora Lectora de Derecho Penal*

*Universidad Autónoma de Barcelona*

---

### I. TEXTO VIGENTE

*Art. 570 ter apartado 1 CP:*

*1. Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados:*

*a. Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.*

*b. Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.*

*c. Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de faltas, debiéndose imponer en este último caso la pena en su mitad inferior, salvo que la finalidad del grupo fuera la perpetración reiterada de la falta prevista en el número 1 del artículo 623, en cuyo caso podrá imponerse la pena en toda su extensión.*

*A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 570 ter apartado 1 CP:*

1. *Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados:*

a. *Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.*

b. *Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.*

c. *Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de delitos leves.*

*A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Art. 570 ter apartado 1 CP:*

1. *Quienes constituyeren, financiaren o integraren activamente un grupo criminal serán castigados:*

a. *Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.*

b. *Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.*

c. *Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a).*

*A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos graves o menos graves.*

### IV. MOTIVACIÓN

Idéntica a la recogida en el apartado B IV.

## BIBLIOGRAFÍA

- BRANDARIZ GARCÍA, J. A., “Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del art. 515.1º CP y la nueva reforma penal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 725-758.
- CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Parte especial. Tomos I y II*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- CUENCA GARCÍA, M<sup>a</sup> J., “La criminalidad organizada tras la reforma del código español: una visión desde el derecho italiano”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* núm. 93, 2012, pp. 59-85.
- FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones delictivas en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1977.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Artículo 570 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 1921-1929.

# 27. DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

## 27.1. Atentado, resistencia y desobediencia

**M<sup>a</sup> LUISA CUERDA ARNAU**

*Catedrática de Derecho Penal  
Universidad Jaime I (Castellón)*

**IDOIA OLLOQUEGUI SUCUNZA**

*Profesora Asociada  
Abogada*

*Universitat Jaime I (Castellón)*

---

### *Atentados y resistencia grave: Art. 550 CP*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 550*

*Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.*

*Art. 551*

*1. Los atentados comprendidos en el artículo anterior serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de uno a tres años en los demás casos.*

*2. No obstante de lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Corporaciones Locales, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional, se impondrá la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de seis a doce meses.*

*Art. 552*

*Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que en el atentado concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

*1ª. Si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso.*

*2ª. Si el autor del hecho se prevaliera de su condición de Autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

*Art. 553*

*La provocación, la conspiración y la proposición para cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.*

*Art. 554*

*1. El que maltratare de obra o hiciere resistencia activa grave a fuerza armada en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será castigado con las penas establecidas en los artículos 551 y 552, en sus respectivos casos.*

*2. A estos efectos, se entenderán por fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado.*

*Art. 555*

*Las penas previstas en los artículos 551 y 552 se impondrán en un grado inferior, en sus respectivos casos, a los que acometan o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 550*

*1. Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.*

*2. Los atentados serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de seis meses a tres años en los demás casos.*

*3. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial, Magistra-*

*do del Tribunal Constitucional, Juez, Magistrado o miembro del Ministerio Fiscal, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.”*

Art. 551

*Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que en el atentado se cometa:*

- 1. Haciendo uso de armas u otros objetos peligrosos.*
- 2. Mediante el lanzamiento de objetos contundentes, líquidos inflamables o corrosivos.*
- 3. Acometiendo a la autoridad, a su agente o al funcionario público haciendo uso de un vehículo de motor.*
- 4. Mediante cualquier otra acción que conlleve un peligro para la vida o que pudiera causar lesiones graves.”*

Art. 552

Vacío de contenido

Art. 554

*“1. Los hechos descritos en los artículos 550 y 551 serán también castigados con las penas expresadas en ellos cuando se cometieren contra un miembro de las fuerzas armadas que, vistiendo uniforme, estuviera prestando un servicio que le hubiera sido legalmente encomendado.*

*2. Las mismas penas se impondrán a quienes acometan, empleen violencia o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios.*

*3. También se impondrán las penas de los artículos 550 y 551 a quienes acometan, empleen violencia o intimiden gravemente a los bomberos o miembros del personal sanitario o equipos de socorro que estuvieran interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones”.*

Art. 555

Vacío de contenido

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

#### Art. 550

1. *Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.*

2. *Los atentados serán castigados con las penas de prisión de uno a tres años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de seis meses a dos años en los demás casos.*

3. *No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, Juez, Magistrado o miembro del Ministerio Fiscal, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.”*

#### Art. 551

*Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior si la agresión se verificara con armas u con otro medio que conlleve un peligro grave para la vida o la salud de las personas.”*

#### Art. 554

*Las penas previstas en los artículos 551 y 552 se impondrán en un grado inferior, en sus respectivos casos, a los que acometan o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios.*

### IV. MOTIVACIÓN

*Propuesta general:* Por razones de pulcritud técnica se aconseja no dejar vacío de contenido el art. 555. Bastaría con dedicar el art. 551 a la penalidad en lugar de incorporarlas como n. 2 y 3 al art. 550. Se respetaría así, por otra parte, el que el art. 550 se limitase a recoger la definición general.

#### *Al art. 550*

Por lo que se refiere a las conductas, la única ventaja de la reforma es la supresión de la fórmula “empleen fuerza contra ellos”. Esa modalidad

comisiva suscitaba dudas aplicativas (diferencia con el acometimiento) y favorecía que se residenciaran en el atentado conductas no asimilables en cuanto a su entidad a las demás modalidades típicas. En cuanto al resto, es preferible la actual redacción que goza de una tradición aplicativa bien asentada que ha ido delimitando convenientemente el ámbito de este delito y el de resistencia. La argumentación que ofrece la Exposición de Motivos es capciosa porque quiere ocultar que el verdadero objetivo de la reforma es que vayan a parar al art. 550 conductas que hoy residenciaríamos en el art. 556 por su menor entidad. El ejemplo paradigmático es la resistencia violenta activa pero no grave (forcejeos), que tanto la mejor doctrina como una Jurisprudencia ya consolidada califica como resistencia si la oposición física no alcanza gravedad suficiente (vid por todas con ulteriores citas STS 1355/2011, de 12 de diciembre, FJ 4º). Con la redacción propuesta por el prelegislador cabría entender que toda resistencia violenta obliga a aplicar indefectiblemente el art. 550.

Es muy adecuada la reducción del límite inferior de la pena. Ello permite ajustarse en mayor medida a la variedad de conductas susceptibles de integrarse en el precepto. No obstante, deben reducirse los máximos. De un lado, hay un margen penológico excesivo y, de otro, son el suelo del subtipo agravado (al margen, además, de las penas resultantes de un eventual concurso). Parece razonable limitarlo de 1 a 3 años (manteniendo la multa), de 6 meses a dos años (manteniendo la multa), y de 1 a 4 (manteniendo la multa), respectivamente. Por lo demás, la reforma podría aprovecharse para reflexionar acerca de la tradicional disparidad penológica que, aunque derivada de la distinta entidad de la función, pudiera no gozar de justificación suficiente. En todo caso, al no ser una novedad de la reforma y dado el carácter de la presente contribución, renunciamos a realizar ulteriores consideraciones.

#### *Al art. 551*

En primer lugar, la reforma del subtipo agravado permite aplicarlo a todas las modalidades de atentado pese a que lo razonable es limitarlo a los supuestos de acometimiento (es decir, agresión), excluyendo su aplicación al atentado intimidatorio, ya que acabaría planteando problemas de *bis in idem* (verbigracia, se exhibe el arma como elemento intimidatorio). En segundo lugar, incurre en inútiles reiteraciones y da pie a que

se incluyan en el mismo conductas cuya peligrosidad no es equiparable. Lo determinante a efectos de esta agravación debe ser el hecho de que represente un peligro grave para la vida o para la salud —física o psíquica— del agredido. Puesto que doctrina y Jurisprudencia han ido precisado en esa línea el alcance de la agravación, la reforma nada añade, al tiempo que es técnicamente muy deficiente.

*Al art. 554*

Se propone suprimir el n. 1 porque, amén de su anacronismo (no hay Jurisprudencia en los últimos lustros), carece de sentido la referencia expresa a la “fuerza armada”, siendo que entra en el concepto general cuando participe del ejercicio de funciones públicas.

Se propone suprimir el n. 3 porque es igualmente innecesario. Los bomberos son funcionarios públicos en el sentido del art. 24 CP y en cuanto a los servicios sanitarios de urgencias la conocida STS 1125/2011, de 2 de noviembre ha dejado claro que entran dentro de los sujetos amparados por el delito de atentado (FJ 6º). Por lo que respecta a la posible colaboración de quienes no ostenten esa consideración (v.gr. voluntarios de una ONG) lo razonable es extender la protección en los términos del actual art. 555 sólo si su intervención ha sido requerida; no así si ésta es espontánea, al margen de otras responsabilidades penales en las que pudieran incurrir quienes impidan una intervención idónea para evitar un resultado lesivo o disminuir un riesgo.

En cuanto al n. 2 es preferible la redacción que el CP vigente da a estos casos, toda vez que si bien es lógico extender la protección a los particulares que acuden en auxilio de la autoridad, agentes o funcionarios, no lo es castigar los atentados contra ellos con la misma pena. La equiparación punitiva que establece el Anteproyecto no guarda coherencia sistemática con la penalidad general, pues, si se distingue entre funcionarios y autoridades —y, a su vez, entre estas— en atención a la relevancia de las funciones, es obvio que la que desempeña un particular no es equiparable a la de un funcionario o agente, ya que se limita a auxiliar a éstos en el ejercicio de sus funciones.

**ARTS. 550 CP y ss.**

**PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO**

*Catedrática de Derecho Penal*

*Universidad de Cantabria*

---

**I. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Art. 550*

*1. Quienes acometieren u opusieren resistencia con intimidación grave o violencia a autoridades o funcionarios públicos, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas, serán sancionados, como reos de atentado, con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

*2. Quienes intimidaren gravemente a los sujetos relacionados en el primer párrafo serán sancionados con la pena en su mitad inferior.*

*3. Se impondrán la penas en su mitad superior cuando el atentado se cometiere utilizando armas o medios peligrosos para la vida de las personas.*

*Art. 551*

*Se impondrá la pena superior en grado, cuando las conductas previstas en el artículo anterior hubieren puesto en peligro concreto para la vida o salud de las personas.*

*Art. 553*

*Las mismas penas se impondrán cuando las conductas descritas en los artículos anteriores se dirijan contra las personas que acudan en auxilio de autoridades o funcionarios.*

*Art. 554*

*Se impondrán las penas respectivamente previstas en los artículos anteriores en su mitad superior cuando el autor se prevaliera de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

*Art. 555*

*La provocación, la conspiración y la proposición para cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.*

## II. MOTIVACIÓN

### *II.1. Valoración político-criminal de la reforma*

El ACP afronta una reforma Capítulo II del Título XXII del Libro II del Código penal (“*De los atentados contra la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia*”) con una propuesta que, analizada con detenimiento no significa una alteración sustancial en cuanto al ámbito de lo punible respecto de los preceptos actualmente existentes pero que responde criterios de política criminal que no quedan perfectamente explicados —y tampoco justificados— en la Exposición de Motivos. De la propuesta de reforma cabría destacar dos aspectos: la nueva definición del concepto de atentado (y, por ende, de su diferenciación de la resistencia) y la rebaja de los márgenes mínimos de las penas privativas de libertad.

Empezando por esta última cuestión, hemos de ponerla en conexión con la desaparición de las faltas y del art. 634 CP —falta de respeto a la autoridad o sus agentes—. Pero esta circunstancia no explica la ampliación del marco punitivo, con lo que de mayor discrecionalidad judicial conlleva. La rebaja del marco punitivo sería valorado positivamente si no fuera acompañado de dos efectos negativos: por un lado, invita a pensar que va a permitir tipificar conductas leves que, hasta ahora quedan *ex* puertas del Derecho Penal; por otro, la generosa ampliación de los marcos penales —que en algún caso llega a un 33%—, pese a la afirmación de la Exposición de Motivos, no encuentra justificación en la amplia variedad de posibles conductas típicas, pues, cualquiera de ellas vienen mediatizadas por la definición de atentado y resistencia —lo que unifica el desvalor jurídico-penal de tan supuestas diversas conductas—, pero sí generará inseguridad jurídica. Es decir, aunque se valore positivamente la disminución de la carga punitiva, se desvalora el incremento de la discrecionalidad judicial en la determinación de la pena (algo que, unido a otras modalidades punitivas prácticamente indeterminadas, alerta a quienes defendemos un Derecho Penal garantista y previsible). Pero es que, además, la supuesta benevolencia punitiva sirve para justificar abiertamente el incremento de la pena en el nuevo párrafo 3º del art. 554 (conductas de atentado o resistencia sobre bomberos o miembros del personal sanitario o equipos de socorro que estuvieran interviniendo

con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones), pues, según la Exposición de Motivos, “esta agravación del marco penal tiene una doble justificación: la disminución de la pena mínima con la que se castigan estos delitos; y la consideración de que quien acude en auxilio de una autoridad, agente o funcionario, o asume en determinadas condiciones el desempeño de funciones públicas o de gran relevancia social, debe recibir una protección equivalente a la de aquéllos que intervienen con carácter oficial”.

En resumen, desde una perspectiva de Política Criminal, la rebaja de los límites mínimos de la pena debe interpretarse como una concesión a la discrecionalidad con ribetes intervencionistas y autoritarios. En este punto es preciso recordar, ante posibles contra-argumentaciones apoyadas en la supuesta necesidad de una mayor eficacia de la justicia penal o una mayor aplicabilidad de los tipos penales (léase, “facilitación de la prueba”), que la eficacia penal en este punto depende muy especialmente de que las acusaciones cuenten con medios para llevar adelante los procedimientos. Así, por ejemplo, el número de sentencias condenatorias y la gravedad de las penas impuestas se ha visto incrementado sustancialmente desde que alguna asociación de agentes de Fuerzas de Seguridad del Estado han empezado a facilitar asistencia jurídica gratuita a sus socios que han sufrido atentados. De modo que también en este ámbito, la impunidad depende no tanto de la Ley cuando de la eficacia de los sistemas de detección del delito (medios, personal, especialización, voluntad política, etc.).

El aspecto más destacable de la reforma es, sin embargo, la reformulación de los conceptos de atentado y de resistencia. Este es un aspecto que acaba afectando a la propia estructura típica del delito de atentado.

## *II.2. El concepto de atentado*

En la actual redacción típica, se enuncian cuatro modalidades de atentado o cuatro modalidades de conducta típica distintas: acometer; emplear violencia, intimidar —gravemente— y resistir(se) —grave y activamente—. La nueva definición del art. 550 CP reduce estas modalidades a tres: agredir; resistir(se) —con violencia o grave intimitada-

ción— y acometer. Esta nueva delimitación típica del atentado tiene como consecuencia lo siguiente.

1) El acometimiento se mantiene en idénticos términos.

2) La resistencia se reformula para, sin limitarla al carácter activo, exigir que se realice con violencia o grave intimidación, lo que, en principio, parece facilitar la interpretación del concepto.

3) El empleo de violencia y de intimidación grave desaparecen para incorporar —que no subsumirse en— el término agresión. En contra de alguna opinión jurisprudencial, aunque en el acometimiento si cabe la agresión, esta es más que un mero acometimiento. De esta reforma cabe extraer dos consecuencias: En primer lugar, desaparece la intimidación grave como conducta autónoma del concepto de atentado. Conviene recordar, sin embargo, que pueden existir supuestos de intimidación grave —como hecho aislado o como acoso— que sin constituir acometimiento o agresión, pueda afectar de forma significativa al bien jurídico protegido; conductas que, a partir de ahora, al menos a los efectos de este tipo, quedarían impunes y que cobran especial relevancia en lugares pequeños donde las dotaciones de agentes son escasas, por lo que quizá mereciera una mención específica, aunque fuera de forma autónoma y atenuada. En segundo lugar, si acometimiento y agresión son modalidades de conductas distintas la razón de la diferenciación ha de buscarse en el contenido y la forma del acometimiento. Es decir, la agresión es un acometimiento violento que persigue originar un resultado lesivo para el sujeto activo. Violencia y finalidad son características de la agresión de las que carece el acometimiento. Pero si eso es así, es decir, si son conductas ontológicamente distintas, no parece conveniente que se incorporen en un mismo marco penológico; máxime cuando en un mismo supuesto pudiera haber situaciones de acometimiento y atentado.

Bien es verdad que la ampliación del marco penológico que opera la reforma tiene como finalidad —según la Exposición de Motivos— permitir al Juez valorar según el caso y la concurrencia de distintas modalidades de acción para modular la pena. No obstante, desde una perspectiva del principio de seguridad jurídica, no parece adecuado convertir el tipo del art. 550 CP en un cajón de sastre, o, al menos, no en un cajón de sastre *tan grande*.

Por lo tanto, creo que sería necesario distinguir, a efectos punitivos, un tipo básico, el que la conducta iría necesariamente acompañada de violencia o intimidación grave y un tipo atenuado, cuando no se dieran estos requisitos.

### *II.3. Los sujetos pasivos*

1. Sujeto pasivo del actual art. 550 CP son, en principio, autoridades, sus agentes y funcionarios; Para la interpretación de estos conceptos, según la opinión mayoritaria, es necesario acudir al art. 24 CP que define quienes son autoridades y quienes son funcionarios. Sin perjuicio de los comentarios o reflexiones que tal precepto merezca, lo cierto es que el concepto de autoridad o sus agentes y de funcionario que jurisprudencialmente se ha venido utilizando es, sin duda, más restrictivo que el ofrecido por el art. 24 CP, y eso, al margen de que en aquel precepto no se hace referencia a los agentes de la autoridad (que, por cierto, serían funcionarios a efectos penales *ex* art. 24 CP).

a) Pues bien, con independencia de lo anterior —el reconocimiento expreso a los agentes de la autoridad y que el concepto de autoridad y funcionario del art. 24 CP es distinto al jurisprudencialmente aceptado para este art. 550 CP— no encuentro razones de política criminal que justifiquen una mayor protección a las autoridades que a los restantes funcionarios.

Para justificarlo me voy a detener en una brevísima referencia histórica: el concepto jurídico-penal de autoridad no se introduce, junto al de funcionario, en nuestro ordenamiento jurídico hasta el CP 1928 (art. 213) y lo hace caracterizado —exclusivamente— por el “ejercicio de jurisdicción propia”. El mismo código definía, además, como tercer concepto en el art. 213 CP 1928, el de “agentes de la Autoridad”. Esta novedad, más que significar una reformulación o matización del concepto de funcionario, es reflejo de un nuevo modelo político (y político criminal) donde la Autoridad (con mayúsculas) requiere un especial reconocimiento propio de un modelo político dictatorial (Dictadura de Primo de Rivera). El Código Penal de 1932 —de corte democrático— tampoco distingue entre autoridad y funcionario, siguiendo un coherente criterio de racionalidad democrática. El Código Penal autoritario de

1944, reintroduce el concepto de autoridad, aunque ya no el de “agente de la autoridad” junto al de funcionario. Ahora el concepto de autoridad se caracteriza por tener jurisdicción propia —tal y como lo definía el CP 1928— pero también por “tener mando”. Este concepto de autoridad, tras reproducirse literalmente en el CP 1973, permanece en el democrático CP 1995.

b) Además de lo anterior, resulta que en el 86% de la ocasiones, en las que el CP diferencia entre autoridad o funcionario público lo hace para designar a los sujetos activos pero como mero recurso teórico, porque solo en tres delitos (la diferencia) surte efectos penales, consistentes en un incremento de la responsabilidad penal para la autoridad respecto del funcionario, aunque en uno de esos tres supuestos, el concepto jurídico-penal de autoridad parece tener un sentido distinto al del art. 24 CP. Tan solo en un 14% de los casos se utiliza los términos autoridad o funcionario público para designar al sujeto pasivo. Aquí también en la mayoría de los supuestos el tratamiento penal es idéntico para ambas figuras, aunque en tres ocasiones se introduce la vieja expresión de “agente de la autoridad” —que, en cualquier caso, como nombrado o elegido por ella para el ejercicio de funciones públicas, sería funcionario a efectos penales—. En una ocasión (art. 556 CP) pueden ser sujeto pasivo solo la autoridad y sus agentes (; y no los funcionarios!) y en otra (art. 210 CP —injurias—) solo hace referencia a los funcionarios (*exceptio veritatis*). En definitiva, la distinción entre autoridad, funcionario y agente de la autoridad, es, en general, innecesaria y, cuando surte efectos (art. 556 CP o 210 CP) o plantea más problemas de los que resuelve o, en la práctica, directamente se obvia.

Además de lo anterior, podemos encontrar en el Código penal algunos supuestos en los que se utiliza el término “autoridad” para hacer referencia de forma genérica e indeterminada al ente, organismo, funcionario o persona competente (por ejemplo: arts. 163.4 CP; 197 CP; 231 CP, etc.) y otros en los que se confunde la condición de funcionario con la de autoridad. Así sucede con los Jueces y Tribunales a los que en ocasiones se designa como “Autoridad judicial” (art. 162 CP, 214 CP o 224 CP) y, en otras, se hace referencia a ellos como “funcionarios” (arts. 449 CP, 457 CP o 466 CP).

c) Se podría afirmar desde la perspectiva del bien jurídico protegido —que no es el principio de autoridad, concepto que parece interpretarse como poco democrático, sino el buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas, según expresamente afirma, siguiendo las posiciones doctrinales y jurisprudenciales más asentadas, el Informe del CGPJ— que, cuando el atentado se realice contra la autoridad la afectación al bien jurídico protegido sería mayor. Pero esta presunción es difícilmente defendible, puesto que, el menoscabo del funcionamiento de los servicios y funciones públicas dependerá de las características y circunstancias de la concreta organización administrativa. Así por ejemplo, el atentado contra una autoridad policial en una situación en la que puede ser inmediatamente sustituido afectaría mucho menos al bien jurídico protegido que el atentado contra un agente policial en un lugar y en una situación en la que él es el único representante de las fuerzas del orden público en ese momento. Además, si efectivamente se considerara que el atentado contra la autoridad afecta más al bien jurídico protegido, siguiera con carácter general y abstracto —es decir, como cuestión de principio, incontrastable y no contrastada— sería preciso distinguir entre unas autoridades y otras —y no de forma meramente nominal, como parece que sugiere el informe del CGPJ en relación a los magistrados del Tribunal Supremo— sino con trascendencia en el marco penal. Y tampoco parece suficiente argumento el supuesto mayor riesgo que padecen las “autoridades”, pues si bien es cierto que este existe para ciertos cargos públicos, también es cierto que lo comparten con otras personas que solo son funcionarios.

En definitiva, solo el principio de autoridad puede explicar una protección reforzada de las autoridades frente a los restantes funcionarios en este conjunto de delitos. Por el contrario, ni desde una perspectiva política, ni desde una perspectiva jurídica, ni desde la perspectiva del bien jurídico protegido se justifica que se proteja más severamente a la autoridad que al funcionario que no es autoridad, razón por la que debería desaparecer la diferencia punitiva contenida en el segundo párrafo del art. 550 CP por razón del sujeto pasivo.

d) El párrafo 3º de este precepto, sin embargo, prevé una casuística miriada de autoridades con especial protección. Algunas de ellas son reiteraciones innecesarias (¿no son magistrados los del Tribunal Cons-

titucional?), pero, aún admitiéndose que es necesario proteger especialmente a determinadas autoridades que ocupen puestos de especial importancia institucional, no se entiende, por ejemplo, porqué se protege igual al ministro del interior que a un magistrado de primera instancia, pues ni el riesgo del puesto, ni la representación institucional, ni el perjuicio que se ocasionaría a la función pública sería idéntico. Y, además, si de lo que se trata es de proteger a las personas que ocupan las principales instituciones del estado, entonces ¿por qué no incluir al rey y a la familia real, en el orden o con los límites que se determinen? En definitiva: tampoco encuentro argumento técnico-jurídico o político-criminal racional que justifique la especial protección de estos cargos. Solo se podría fundamentar su inclusión en razones simbólicas, derivadas del principio de autoridad o de reconocimiento entre instituciones en momentos de crisis política. Todos estos argumentos, sin embargo, no son suficientes para justificar la inclusión en el Código Penal. Como consecuencia, se propone su desaparición.

No puede negarse, sin embargo, que en la práctica y a partir de la actual redacción típica, el sujeto pasivo de estos delitos se ve restringido interpretativamente a las personas que ejercen funciones de control del Orden Público (“la autoridad” como autoridad policial en sentido amplio), en tanto que desde distintos colectivos se demanda la protección de sus funciones y de su legítimo ejercicio. Pero para resolver esta situación bastaría con sustituir la expresión “la autoridad y sus agentes” por “autoridades” —puesto que los “agentes de la autoridad” en el ejercicio de funciones públicas son, a efectos penales, funcionarios—. Pero, en este caso, la pena a imponer debería ser superior al tipo básico por cuanto que se ha de construir como un delito de peligro para bienes jurídicos individuales (en esta propuesta este supuesto estaría incluido en el art. 551 que prevé un tipo genérico de peligro para la vida o salud de las personas).

e) Finalmente, el art. 554.1 ACP introduce un nuevo sujeto pasivo: un miembro de las fuerzas armadas que, vistiendo uniforme, estuviera prestando un servicio que le hubiera sido legalmente encomendado. Pero, teniendo en cuenta que los miembros de las fuerzas armadas también son funcionarios (e, incluso, algunos de ellos, autoridades) su mención expresa es innecesaria —salvo que se quiera hacer una loa al uniforme

(*armas virunque cano*), lo cual, siendo altamente plausible, no es función del Derecho penal— pues, con uniforme o sin él, estarían igualmente representados y protegidos. Por lo tanto, se propone su desaparición.

2. El párrafo tercero del art. 554 ACP merece una especial atención. En primer lugar, porque redefine el concepto de atentado que ha fijado el primer párrafo lo que sin duda dará lugar a conflictos interpretativos. Así, por ejemplo, en el primer párrafo se excluye la mera intimidación como modalidad de atentado, que el tercer párrafo sí incluye. Pero, además, incorpora expresamente un grupo de nuevos sujetos pasivos: bomberos, personal sanitario y personal de socorro. En este punto se vuelve a plantear la misma cuestión que en relación con otros sujetos pasivos: o son funcionarios (la mayoría de los bomberos, o del personal sanitario, al menos hasta que se desmantele el modelo de sanidad pública actual), en cuyo caso se encontraría subsumidos en el art. 550, o son personas que acuden en auxilio de autoridades o funcionarios; en cuyo caso se encontrarían incluidos en el párrafo anterior (art. 554.2). Dado que, además, la mención expresa no implica una pena distinta es innecesaria, desde un punto de vista de la efectiva protección de estas personas y las funciones que representan, por lo que se sugiere su desaparición. Ahora bien, sí podría defenderse la necesidad de intervenir penalmente cuando el atentado tenga por finalidad impedir las acciones de socorro en situaciones de siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, pero no por razón del sujeto pasivo (personal sanitario, bomberos, etc.) sino por razón de la excepcionalidad de la situación y del riesgo que el atentado, resistencia o desobediencia pudieran conllevar para la vida de las personas

#### ***II.4. Justificación de la propuesta alternativa***

En la propuesta que realizo se unifican las modalidades de conducta típica; se incorpora un delito de peligro; se simplifica la redacción de los tipos y se restringen los marcos penales. Además, se hace desaparecer la distinción entre autoridad y agentes de esta —y se desvincula a estos tipos penales de las “autoridades y agentes del orden”—, pero se siguen distinguiendo de los funcionarios (concepto que habrá de ser interpre-

tado conforme al art. 24 CP), aunque esta distinción no tiene reflejo en la respuesta penal.

En otro orden de cuestiones, se mantiene —al igual que hace el Anteproyecto— la tipificación de los actos preparatorios punibles. Sin embargo, desde una perspectiva de Política Criminal, y si se ampliara el círculo de sujetos pasivo, quizá fuera conveniente restringirlos a algunos supuestos (por ejemplo, solo cuando el atentado tenga carácter terrorista, revista especial gravedad, etc.).

### ***II.5. Otras cuestiones sobre la redacción del ACP***

Al margen de lo anterior, téngase en cuenta lo siguiente:

1. Los párrafos 1, 2, 3 y 4 del art. 551 ACP son reiterativos, se superponen y finalizan con una cláusula analógica poco conveniente.

2. El art. 551 ACP textualmente dice: “Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que en el atentado se cometa”. Sin perjuicio de la propuesta alternativa realizada y para el supuesto de que se mantuviera este precepto en términos similares a los actuales se sugiere la siguiente redacción: “*Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que el atentado se cometa...*”.

***Desobediencia: Art. 556 CP***

**M<sup>a</sup> LUISA CUERDA ARNAU**

*Catedrática de Derecho Penal  
Universidad Jaume I (Castellón)*

**IDOIA OLLOQUIEGUI SUCUNZA**

*Profesora Asociada*

*Abogada*

*Universitat Jaume I (Castellón)*

---

**I. TEXTO VIGENTE**

*Art. 556*

*Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550 resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.*

*Art. 634*

*Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días.*

**II. TEXTO ANTEPROYECTO**

*Art. 556*

*Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses.*

*Art. 634*

*Derogado*

**III. TEXTO ALTERNATIVO**

*Conformidad con el texto del Anteproyecto*

#### **IV. MOTIVACIÓN**

Se apoya el texto de la reforma en tanto que ésta reduce la penalidad permitiendo ofrecer una respuesta más proporcionada.

*Art. 552*

**PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO**

*Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Cantabria*

---

## **I. PROPUESTA ALTERNATIVA**

*Conformidad con el texto del Anteproyecto, que se numeraría como Art. 552.*

## **II. MOTIVACIÓN**

Se apoya el texto de la reforma en tanto que ésta reduce la penalidad permitiendo ofrecer una respuesta más proporcionada, si bien se adecua su numeración a la propuesta realizada.

## 27.2. Desórdenes públicos

**JOAN BAUCELLS LLADÓS**

*Profesor Titular de Derecho Penal  
Universitat Autònoma de Barcelona*

---

### *Art. 557*

#### **I. TEXTO VIGENTE**

##### *Art. 557*

*1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código.*

*2. Se impondrá la pena superior en grado a las previstas en el apartado precedente a los autores de los actos allí citados cuando éstos se produjeran con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas. Con idéntica pena serán castigados quienes en el interior de los recintos donde se celebren estos eventos alteren el orden público mediante comportamientos que provoquen o sean susceptibles de provocar avalanchas u otras reacciones en el público que pusieren en situación de peligro a parte o a la totalidad de los asistentes. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta.*

#### **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

##### *Art. 557*

*1. Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión.*

*Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran llevado a cabo.*

*2. Con las mismas penas se castigará a quienes actúen sobre el grupo o sus individuos incitándoles a realizar las acciones descritas en el apartado anterior o reforzando su disposición a llevarlas a cabo.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 557

*“Quienes actuando en grupo alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o de fuerza sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión.*

*Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran llevado a cabo.”*

### IV. MOTIVACIÓN

El párrafo primero introduce como sujetos activos a los que “*individualmente pero amparados en*” el grupo realizaren la conducta típica. El hecho de actuar individualmente no reúne el nivel de injusto suficiente para exigir mayor responsabilidad penal que la exigible por los actos concretos de violencia, intimidación o daños cometidos. Y ello aunque se actúe amparado en el grupo, puesto que si existe amparo del grupo ya existe actuación “*en grupo*”. Sobre todo teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende por grupo desde la “*pareja criminal*” hasta la “*muchedumbre delincuente*” [STS, de 8 de mayo de 1993] y que se acepta tanto el acuerdo o plan previo como la asunción fáctica durante el desarrollo del delito.

El número dos castiga la incitación a realizar estas conductas o el simple refuerzo de la disposición de los terceros a llevarlas a cabo. En la línea del informe del CGPJ, la inclusión de estos comportamientos supone una alteración del régimen general, habida cuenta que la incitación no acompañada de la ejecución del hecho sólo es punible, como

modalidad de provocación, conforme a lo dispuesto en el artículo 18.1 cuando se lleve a cabo por medio de imprenta, radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas. Más llamativo resulta lo que se denomina refuerzo de la disposición a realizar el delito pues esta modalidad no se encuentra regulada en los artículos 17 y 18 del Código Penal. A través de la modalidad de la provocación a que se ha hecho mención, o bien de la inducción a que se refiere el artículo 28.b), queda garantizada la adecuada protección del bien jurídico, sin necesidad de forzar la sistemática establecida en la parte general.

### *Art. 557 bis*

## **I. TEXTO VIGENTE**

*Sin precedentes*

## **II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO**

*Art. 557 bis*

*Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigados con una pena de uno a seis años cuando concurren algunas de las circunstancias siguientes:*

*1. Cuando alguno de los partícipes en el delito portare un arma u otro instrumento peligroso, o exhibiere un arma de fuego simulada.*

*2. Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.*

*3. Cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas.*

*4. Cuando se llevaren a cabo actos de pillaje.*

*5. Cuando el autor del hecho se prevaliera de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

*En estos supuestos será igualmente aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo anterior.*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión.*

### IV. MOTIVACIÓN

Las circunstancias agravantes que se pretenden introducir no alcanzan el nivel de injusto suficiente para ser sancionadas más allá del derecho administrativo sancionador donde están reguladas. Así, por ejemplo, el porte de armas está adecuadamente sancionado en la Ley de seguridad ciudadana. Otras ya están previstas como circunstancias agravantes genéricas en la parte general. Así, por ejemplo, el prevalimiento de condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Otras circunstancias incluso merecen ser rechazadas por suponer una vulneración del principio de *ne bis in idem*. Es el caso de “cuando se cometan actos de pillaje”, pues éstos ya aparecerán específicamente sancionados como robos o hurtos, tal y como recuerda el artículo 557. Por último para valorar “la potencial peligrosidad” de los medios empleados “para la vida de las personas” o “las lesiones graves” ya existe la graduación de la pena que en ausencia de circunstancias atenuantes o agravantes, debe imponerse dentro del marco penal abstracto, atendiendo a la gravedad del hecho (art. 66.1 6ª CP).

*Art. 557 ter*

### I. TEXTO VIGENTE

*Sin precedentes*

### II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 557 ter*

1. *Los que, actuando en grupo, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público,*

y causen con ello una perturbación relevante de su actividad normal serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado cuando concurren las circunstancias 1ª, 3ª, 4ª o 5ª del artículo 557 bis.

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión.*

### IV. MOTIVACIÓN:

El número uno introduce la tipificación de la entrada en un local con la finalidad de permanecer temporalmente en él causando una *“perturbación relevante de su actividad normal”*. Si la ocupación es con la voluntad de permanecer en él, la conducta ya aparece castigada entre los delitos de usurpación. Si la entrada, aunque temporal, se produce en local cerrado o en local abierto al público pero fuera de las horas de apertura, estaremos ante un delito de allanamiento de morada. En el resto de supuestos, es decir, en el caso en el que se invada temporalmente un local abierto al público en sus horas de apertura, normalmente para ejercer el derecho constitucional a la reunión, el injusto merecerá sólo reproche penal cuando esa *“perturbación relevante de su actividad normal”* implique la lesión de bienes jurídicos individuales, es decir, sea relevante penalmente a través de las coacciones, las amenazas, los daños o cualquier otro delito más grave. Los supuestos más grave de perturbación grave del orden en *“tribunales, juzgados o actos públicos propios de cualquier autoridad”* se mantienen tipificados en el artículo 558 que el anteproyecto deja intacto. Para el resto son suficientes las sanciones previstas en la Ley 1/1992, de seguridad ciudadana. La propuesta vulnera el principio de proporcionalidad en sentido estricto en la medida en que una amenaza de pena de hasta seis meses de cárcel para el que reuniéndose en un local abierto al público pueda simplemente interrumpir el normal funcionamiento de su actividad, supone sin duda una limitación desproporcionada del ejercicio legítimo del derecho a la reunión [Sentencia

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 15 de marzo de 2011. Caso Otegui Mondragón vs. España].

El número dos deberá ser suprimido por las mismas razones que el número dos del artículo 557.

### *Art. 559*

## I. TEXTO VIGENTE

### *Art. 559*

*Los que perturben gravemente el orden público con objeto de impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos cívicos, serán castigados con las penas de multa de tres a doce meses y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a seis años.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### *Art. 559*

*La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis CP, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Supresión*

## IV. MOTIVACIÓN

En coherencia con la supresión del artículo 557 bis —al que se refiere el artículo 559— debe ser suprimido. Con el mismo criterio que el prelegislador, no consideramos que la simple provocación al tipo básico del 557 merezca ser sancionada penalmente. Para los casos más graves

ya existiría la inducción o la provocación a los actos de violencia en las personas o fuerza en las cosas en las que se concrete el desorden. Respecto a la expresión “*reforzar la decisión de llevarlos a cabo*”, el CGPJ ya ha advertido de la inconveniencia de criminalizar los denominados actos de reforzamiento de la decisión previamente adoptada por terceros.

### *Art. 560 bis*

## I. TEXTO VIGENTE

*Sin precedentes*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Art. 560 bis*

*Quienes actuando individualmente, o mediante la acción concurrente de otros, interrumpan el funcionamiento de los servicios de telecomunicación o de los medios de transporte público y alteren con ello de forma grave la prestación normal del servicio, serán castigados con una pena de tres meses a dos años de prisión o multa de seis a veinticuatro meses.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA:

*Supresión.*

## IV. MOTIVACIÓN

El vigente artículo 560 sanciona ya la causación de daños que interrumpan, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones o la correspondencia postal. Por ello, la aplicación del artículo 560 bis quedará reservada para aquellos casos en que la interrupción de los servicios de telecomunicaciones se lleve a cabo sin causar desperfectos, al igual que cuando tal interrupción se proyecte sobre los medios de transporte público y, en ambos casos, se produzca una alteración grave

de la prestación normal del servicio. La propuesta vulnera el principio de proporcionalidad en sentido estricto en la medida en que una amenaza de pena de hasta dos años de cárcel para el que manifestándose pueda simplemente interrumpir el normal funcionamiento de los autobuses, supone sin duda una limitación desproporcionada del ejercicio legítimo del derecho a la manifestación [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 15 de marzo de 2011. Caso Otegui Mondragón vs. España].

Estos supuestos ya aparecen suficientemente sancionados en la Ley 1/1992 que incluye, como infracción administrativa el supuesto de originar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos o causar daños graves a los bienes de uso público, entre los cuales se ha venido subsumiendo precisamente actos de cortar el tráfico en una carretera como consecuencia de una concentración no comunicada y negarse a disolverla [TSJ del País Vasco 5/11/2001] o impedir la circulación por las vías públicas [TSJ de Galicia 14/11/2007]

### *Art. 561*

## I. TEXTO VIGENTE

### *Art. 561*

*“El que, con ánimo de atentar contra la paz pública, afirme falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros que puedan causar el mismo efecto, o de sustancias químicas, biológicas o tóxicas que puedan causar daño a la salud, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses, atendida la alarma o alteración del orden efectivamente producida.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

### *Art. 561*

*Quien afirme falsamente o simule una situación de peligro para la comunidad o la producción de un siniestro a consecuencia del cual es necesario prestar auxilio a otro y, con ello provoque la movilización de los servicios de*

*policía, asistencia o salvamento, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses*

### III. PROPUESTA ALTERNATIVA

Art. 561

*Quien simule una situación de peligro para la comunidad o la producción de un siniestro a consecuencia del cual es necesario prestar auxilio a otro y, con ello provoque la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamento, alterando gravemente la paz pública, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.*

### IV. MOTIVACIÓN

La propuesta del anteproyecto se limita a sancionar la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamento. En ningún momento se viene exigiendo que para ganar relevancia penal se altere la paz pública. Podría llegar a subsumir conductas del que falsamente comunique la existencia de un accidente y movilice un par de ambulancias. Parece imprescindible que, como mínimo, la movilización “*altere gravemente la paz pública*”. Si no es así, bastaría con las infracciones al orden público previstas en la Ley 1/1992, de Seguridad ciudadana.

# 28. DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

**AMPARO MARTÍNEZ GUERRA**

*Profesora Colaboradora Doctora de International Criminal Law  
Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)  
Profesora Asociada de Criminal Law, IE Universidad*

---

## I. TEXTO VIGENTE

*Art. 605*

*1. El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años.*

*Art. 607*

*1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:*

*1.- Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.*

*2.- Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.*

*3.- Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.*

*4.- Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.*

*5.- Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado.*

*Art. 607 bis*

*2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:*

*Con la pena de prisión de 15 a 20 años si causaran la muerte de alguna persona.*

## II. TEXTO DEL ANTEPROYECTO

*Se modifica el apartado 1 del artículo 605, que queda redactado como sigue:*

*“1. El que matare al Jefe de Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión permanente revisable”.*

*Se modifica el apartado 1 del artículo 607, que queda redactado del siguiente modo:*

*“1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:*

*1.– Con la pena de prisión de prisión (sic) permanente revisable, si matara a alguno de sus miembros.*

*2.– Con la prisión de prisión (sic) permanente revisable, si agrediera sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran a alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.*

*3.– Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.*

*4.– Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.*

*5.– Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado”.*

*Se modifica el número 1 del apartado 2 del artículo 607 bis, que queda redactado como sigue:*

*“1. Con la pena de prisión de prisión (sic) permanente revisable si causaran la muerte de alguna persona”.*

## III. PROPUESTA ALTERNATIVA

*Mantener la redacción vigente de los arts. 605, 607 y 607 bis CP.*

#### IV. MOTIVACIÓN

Con independencia de que el debate sobre la modificación de los arts. 605, 607 y 607 bis CP descansa en la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable (PPR) propuesta en el ACP, es preciso realizar una serie de puntualizaciones relativas a los argumentos de Derecho penal internacional esgrimidos por el prelegislador.

En primer lugar, el prelegislador justifica la adecuación de la PPR en la firma y ratificación del *Estatuto de Roma* (ER) para el establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI) por el Reino de España. Entiende así que, el hecho de que nuestro país ratificara el tratado multilateral a pesar de que éste, en su art. 77.1 b) incluye la PPR, es un claro ejemplo de que la misma no entra en contradicción con el nuestro ordenamiento jurídico, concretamente con el art. 25 CE. Y lo hace apoyándose en la existencia del mecanismo de revisión y reducción de la PPR que prevé el propio ER en su art. 110.3. Conforme a éste, tras el cumplimiento efectivo de 25 años la CPI revisará la condena y podrá plantear su reducción. Repárese en el hecho de que el límite de 25 años coincide con el propuesto por el prelegislador español en el ACP.

A nuestro juicio, los argumentos esgrimidos por el prelegislador para defender la implantación de la pena se basan en una interpretación *sui generis* del Dictamen del Consejo de Estado 1374/1999, de 22 de julio (*Expte. relativo al Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal Internacional*). Si bien es cierto que el órgano no desautorizó la firma del ER, no lo es menos que su interpretación del texto fue excesivamente ambigua en varios aspectos, entre ellos el que nos ocupa.

El propio Consejo de Estado circunscribió la discusión sobre la PPR del art. 77 ER al ámbito de la reinserción y resocialización (25.2 CE), no al del principio de legalidad (art. 25.1 CE). Y lo hizo en los siguientes términos: *“la previsión relativa a la pena de reclusión perpetua en el artículo 77 del Estatuto, incompatible en principio con el art. 25.2 de la Constitución, no constituye causa obstativa para su ratificación por España gracias a lo dispuesto por el artículo 80 y las posibilidades de reducción de la pena ex artículo 110.4 que se remite a “otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias” (pudiendo encontrar cabida entre ellos nuestros criterios constitucionales de reeduca-*

*ción y reinserción social*)". Este mecanismo, a juicio del órgano consultivo, "denota una posición de principio tendente a la limitación temporal de las penas".

El Consejo de Estado dejó, pues, abierta la puerta a que esa pena pudiera ser compatible con el apartado 2 del art. 25 CE, pero siempre y cuando estuviera expresamente prevista en el ordenamiento jurídico español. Así lo recoge igualmente la Exposición de Motivos de la LO 6/2000, de 4 de octubre por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la CPI. En ella se mantiene que "a la autorización se acompaña una declaración manifestando la disposición de España a recibir personas condenadas por la Corte en los establecimientos penitenciarios de nuestro país siempre que la duración de la pena de prisión impuesta no exceda de la máxima admitida por nuestra legislación, declaración permitida expresamente en el artículo 103 del Estatuto, al tiempo que necesaria por las previsiones del artículo 25.2 de la Constitución, que exige que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estén orientadas a la reeducación y la reinserción social del condenado".

Esa declaración, que se contiene en la disposición adicional única de la LO 6/2000, reza lo siguiente:

*"A efectos de lo previsto en el apartado b) del artículo 103 del Estatuto, se autoriza la formulación de la siguiente declaración: "España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española"*.

La declaración es similar al contenido del art. 8 de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio para la cooperación con el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia. Ésta se contiene en el Acuerdo entre Naciones Unidas y el Reino de España sobre el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, firmado en La Haya el 28 de marzo de 2008. En el art. 3.2 de este acuerdo se vuelve a resaltar la misma limitación (pena máxima señalada por el ordenamiento jurídico español para cualquier delito). La misma se contiene en la Ley Orgánica

4/1998, de 1 de julio, *para la Cooperación con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda* (art. 6).

En su razonamiento, el prelegislador incurre en un error de base, al no diferenciar el ámbito de aplicación del art. 80 ER y el del art. 103 ER. La referencia al derecho nacional o derecho interno de los Estados Partes del primero de ellos va dirigida a la libertad de estos últimos para determinar las penas aplicables a los delitos internacionales cuando sean *sus tribunales nacionales* los que ejerzan la jurisdicción sobre los mismos, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y complementariedad. Por el contrario, el contenido del art. 103 ER regula el papel de los Estados Parte en la ejecución de sentencias dictadas por la CPI en el ejercicio de *su jurisdicción*. En este último caso, sigue siendo la CPI el órgano encargado de proceder a la revisión de la pena una vez cumplidos los 25 años y de determinar la posible reducción de la misma conforme al ER y las *Reglas de Procedimiento y Prueba* (Capítulo XII. *De la ejecución de la pena*). El papel del Estado Parte se limita a facilitar información sobre la ejecución de la misma.

En segundo lugar, la gravedad de este tipo de delitos no haría incompatible la imposición de una pena de PPR desde un punto de vista internacional por países cuyo ordenamiento jurídico lo contemple y por tribunales internacionales que así lo hayan establecido en sus estatutos. La problemática se situaría en sí, conforme al art. 25 CE y la Jurisprudencia constitucional del mismo, esa pena tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico. Para justificar su postura, el prelegislador acude frecuentemente al ordenamiento jurídico internacional, a la firma de tratados internacionales, a la jurisprudencia de instancias supranacionales como el TEDH y al mandato contenido en el art. 10 CE. No obstante, el propio art. 25 CE resulta ser más garantista que el marco internacional y supranacional. En su caso, y desde un punto de vista estrictamente técnico, implantar una medida como la PPR requeriría, a nuestro juicio, una revisión y modificación constitucional previa.