

CIRCULAR 1/2005

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

XIII. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. XIII.-1 Modificación del art. 80.1: requisitos del supuesto general de concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. XIII.-1.A Modificación del límite temporal de las penas susceptibles de suspensión. XIII.-1.B La existencia de otros procedimientos penales contra el reo. XIII.-2 Modificación del art. 81.2ª: condiciones necesarias para dejar en suspensión la ejecución de la pena. XIII.-2.A La supresión de la exigencia de que las penas hayan sido impuestas en la misma sentencia. XIII.-2.B La exclusión de la responsabilidad personal derivada del impago de la multa del cómputo del límite de la pena o penas susceptible de suspensión. XIII.-3 Modificación del art. 82 y del art. 85: el sistema de constancia registral de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. XIII.-4 Reforma del art. 83.1: las reglas de conducta en relación con los delitos contemplados en los arts. 153 y 173.2 XIII.-5 La revocación de la suspensión y de la remisión de la pena: arts. 84 y 85. XIII.-5.A La revocación de la suspensión. XIII.-5.B La revocación de la remisión. XIII.-6 Reforma del art. 87.1 y 87.4: suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias del art. 20.2. XIV. LAS MODIFICACIONES EN EL SISTEMA DE SUSTITUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: ARTS. 88 Y 94. XIV.-1 La sustitución de las penas de prisión que no excedan de dos años XIV.-2 La imposición de reglas de conducta XIV.-3 La infracción de las reglas de conducta XIV.-4 Los programas de reeducación y tratamiento psicológico. XIV.-5 El concepto de reo habitual. XV. LA REFORMA DEL ART. 92: EL PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EXTRAORDINARIA. XVI. LA REFORMA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. XVI.-1 Las disposiciones generales sobre las medidas de seguridad: Arts. 95 a 100. XVI.-1.A La duración máxima de las medidas de seguridad no privativas de libertad XVI.-1.B Las facultades de control del juez o tribunal sentenciador. XVI.-1.C La deducción de testimonio por quebrantamiento. XVI.-2 La modificación de las reglas de aplicación de las medidas de seguridad: arts. 104.2 y 105. XVI.-2.A La comunicación de la proximidad del vencimiento de una medida de internamiento XVI.-2.B Las nuevas medidas de seguridad del art. 105. XVII. LA MODIFICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS: ARTS. 127 Y 129. XVII.-1 El comiso. XVII.-1.A La reforma del art. 127.1. XVII.-1.B El comiso de valor equivalente o de valor por sustitución: art. 127.2. XVII.-1.C El comiso en situación de exención o de extinción de la responsabilidad criminal: art. 127.3. XVII.-1.D Las reglas sobre el destino de los bienes decomisados: art. 127.4. XVII.-2 La reforma del art. 129. XVIII. LA REFORMA DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL: ARTS. 130 A 133. XVIII.-1 La remisión de la pena. XVIII.-2 El perdón. XVIII.- 3 La prescripción del delito. XVIII.-3.A La prescripción de los delitos graves castigados con penas distintas de la prisión y de la inhabilitación. XVIII.-3.B La declaración de imprescriptibilidad. XVIII.-3.C La prescripción de los delitos que exijan habitualidad. XVIII.-4 La prescripción de las penas. XIX. LA REFORMA DE LA CANCELACIÓN DE LOS ANTECEDENTES PENALES: ART. 136.

XIII. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La exposición de motivos de la L.O. 15/03 sólo menciona en esta materia *la novedad de excluir, a estos efectos, del conjunto de la pena impuesta o de las penas impuestas, la pena derivada del impago de la multa*. Sin embargo la Ley Orgánica mencionada ha modificado los requisitos de la suspensión, tanto en el caso general como cuando el condenado hubiese cometido el hecho a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el nº 2 del art. 20, ha cambiado las condiciones exigibles para la concesión del beneficio y durante su cumplimiento, y ha alterado el reflejo registral de esta situación.

La amplitud de estos cambios no ha trastocado los rasgos esenciales de la institución. Es importante recordar que, como ya afirmó la STC 209/93, de 28-6, el art. 80.1 sólo contempla la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y no la de las penas accesorias, por lo que el hecho de que el art. 80.3 no las mencione cuando declara que la responsabilidad civil derivada del delito o falta no es susceptible de suspensión, carece de cualquier trascendencia.

El mantenimiento de los aspectos sustanciales de este beneficio explica que la mayor parte de los pronunciamientos efectuados por la Fiscalía General del Estado sobre el mismo conserven vigencia. Procede especialmente tener presentes los criterios establecidos por la Consulta 4/99, de 17-9, el grueso de los cuales es coincidente con los cambios que la L.O. 15/03 ha introducido en esta institución.

XIII.-1. Modificación del art. 80.1: requisitos del supuesto general de concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Según la actual redacción del 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.

Antes de la reforma este artículo permitía suspender las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y establecía la peligrosidad criminal del sujeto como único dato que los jueces o tribunales debían atender fundamentalmente para motivar su resolución.

XIII.-1.A. Modificación del límite temporal de las penas susceptibles de suspensión.

El primero de los cambios citados, que hace posible la suspensión de las penas de dos años de duración, ha concordado este artículo con la condición 2ª del art. 81, que menciona idéntico tiempo.

A la vez la reforma, al no haber cambiado el art. 80.2, que sigue citando las penas de libertad inferiores a dos años al fijar el plazo de suspensión aplicable, ha roto la correspondencia entre los dos primeros apartados del artículo.

Ninguna consecuencia ha de extraerse de esta situación, ya que el beneficio alcanza, en cualquier caso, a las penas de hasta dos años de privación de libertad.

El plazo de suspensión máximo para cualquier pena privativa de libertad, salvo para las leves, es el de cinco años, y los Sres. Fiscales han de interesar del órgano judicial competente que la duración de la suspensión acordada conforme a los arts. 80.1, pfo. 2º y 81, sea la adecuada atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena, según prescribe el art. 80.2.

XIII.-1.B. La existencia de otros procedimientos penales contra el reo.

El segundo cambio del art. 80.1 ha supuesto incorporar, junto a la peligrosidad criminal, la existencia de otros procedimientos penales contra el condenado como criterios que deben ser atendidos fundamentalmente por los jueces o tribunales al resolver motivadamente la concesión o denegación de la suspensión.

Tales situaciones no constituyen un catálogo cerrado, por lo que el órgano judicial competente ha de decidir sobre la suspensión atendiendo fundamentalmente a ellas y, también, a cualquier otro hecho acreditado que resulte relevante.

Así lo estableció la STC 8/01, de 15-1 cuando afirmó: *Ahora bien, el art. 80 CP 1995, que requiere que la decisión de suspensión de la pena atienda a la peligrosidad criminal del condenado -lo que resulta acorde con la finalidad de la institución, la cual tiene como objetivo que la ejecución de las penas privativas de libertad se orienten en lo posible hacia la reeducación y reinserción social-, no exige que sólo se tenga en cuenta la peligrosidad criminal de aquél, en el sentido de que su escasa o nula peligrosidad criminal conlleve siempre la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena; como tampoco el art. 25.2 CE impone que únicamente se consideren las necesidades de resocialización del condenado. Tanto la doctrina constitucional sobre el art. 25.2 CE, como las interpretaciones doctrinales sobre el art. 80.1 CP, se expresan en el sentido de que se trata de ponderar los otros fines de la pena, las necesidades de prevención general y seguridad colectiva.*

No hay duda de que la falta de un registro general de causas penales condicionará la posibilidad de conocer la existencia de procedimientos penales contra una persona, y que serán los sistemas de gestión procesal instalados en cada sede los que determinarán la información disponible sobre el número, clase y estado de tramitación de las causas. Sólo en casos notorios o en supuestos extraordinarios será

factible la obtención de datos relevantes más allá de las fronteras que impongan tales sistemas de gestión.

El reconocimiento de la dificultad que presenta esta situación no significa que el Ministerio Fiscal pueda dar por cumplida su función mediante la confección de informes que simplemente se remitan al contenido del previsto en la actual redacción del art. 292, pfo. 2º LECr., según el cual: *La Policía Judicial remitirá con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos.* Por ello resulta necesario entrar a considerar este tema.

Los Fiscales han de pronunciarse en sus informes sobre la concurrencia de las condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, y, también, tienen que manifestarse a favor o en contra del otorgamiento del beneficio, tomando en cuenta para ello, según el art. 80.1, pfo. 2º, todos los datos que resulten relevantes y, entre ellos y fundamentalmente, la peligrosidad criminal y el nuevo criterio legal de existencia de otros procedimientos penales contra la misma persona. Para atender a éste, en primer lugar deben determinar si hay o no tales causas penales y, en caso afirmativo, a continuación es necesario que consideren la trascendencia de este hecho a los efectos de la concesión o denegación de la suspensión de la pena impuesta.

Nos encontramos ante una novedad legislativa que todavía no ha sido suficientemente interpretada. Por ello, para resolver la primera de las dos cuestiones planteadas, y, por tanto, para determinar a partir de qué momento se puede afirmar que un procedimiento existe contra una persona, es necesario acudir a la valoración que los tribunales han hecho de la similar expresión *cuando el procedimiento se dirija contra el culpable* que el art. 132.2 emplea en la interrupción de la prescripción del delito.

Respecto de esta locución hay una sólida línea jurisprudencial, ejemplificada en la STS 71/04, de 2-2, según la cual: *La Jurisprudencia mayoritaria de esta Sala (ver,*

entre otras, S.S.T.S. 147, 162 o 298/03, y los numerosos precedentes citados en las mismas) se ha manifestado en el sentido de que la querrela o la denuncia forma ya parte del procedimiento y por ello su presentación es suficiente para producir la interrupción de la prescripción. Así, la sentencia citada en segundo lugar expone que la fecha que ha de tenerse en cuenta para computar el momento en que el procedimiento se dirige contra el culpable es la de la presentación de la denuncia o querrela (o ampliación de ésta), más exactamente, la de su asiento en el Registro General, puesto que es la que permite con mayor seguridad establecer el “dies a quo” al margen de la mayor o menor diligencia del Juzgado. Esta es la línea de la Jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo. Así la STS. 492/01, con cita de las precedentes, entre otras, 04/06 y 30/12/97, 09, 16 y 26/07/99, o 06/11/00, señala que: “la denuncia y la querrela con que pueden iniciarse los procesos penales forman parte del procedimiento. Si en las mismas aparecen ya datos suficientes para identificar a los culpables de la infracción penal correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a los efectos de interrupción de la prescripción, sin que sea necesaria, para tal interrupción, resolución judicial alguna de admisión a trámite”, añadiendo que lo que pueda ocurrir después de la interrupción, “aunque se trate de una dilación importante en la diligencia de recibir declaración al imputado, no puede servir para que esa interrupción anterior quede sin su eficacia propia”. Basta que la declaración de voluntad o de conocimiento del denunciante o querellante fehacientemente se incorpore al registro público judicial para entender que ya existe una actividad penal relevante frente a una persona.

Aunque dicha jurisprudencia se ciñe a la institución de la prescripción, la identidad sustancial de las expresiones legales de los arts. 80.1, pfo. 2º y 132.2, permite afirmar que, también a los efectos previstos en el primero de ellos, existe procedimiento penal contra una persona desde que una denuncia o querrela que le identifique suficientemente es asentada en el Registro General del Juzgado, porque desde ese momento hay una actividad penal relevante frente a él.

Efectivamente, y a diferencia del concepto de peligrosidad, que implica por sí mismo la realización de una valoración, la existencia de otros procedimientos penales en contra del condenado es un mero hecho. La modificación del art. 80.1, pfo. 2º obliga a tomarlo en cuenta respecto de la concesión o denegación de la suspensión de condena, pero no impone la relevancia que se le haya de atribuir. Por tanto, la mera presentación de una querrela o de una denuncia contra una persona es simplemente un dato que el Fiscal tiene que estimar para decidir si tiene o no importancia en orden a la concesión de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad.

Por tanto, una persona está encausada desde entonces, y sigue estándolo mientras la correspondiente causa judicial se encuentra en cualquier fase de su tramitación, incluida la de ejecución. Todas las posibilidades que ofrece esta situación pueden ser relevantes para la aplicación del nuevo criterio legal, excepto aquéllas en las que se haya impuesto condena firme por delito doloso anterior, cuyos antecedentes penales no se encuentren cancelados ni sean susceptibles de cancelación, porque la consecuencia que el art. 81.1 prevé para tal supuesto es la imposibilidad de conceder el beneficio.

Desde el principio de este apartado se ha hecho mención a la dificultad práctica que, con gran probabilidad, existirá para saber qué procedimientos penales existen contra una persona. La misma diversidad de los obstáculos posibles y el excesivo número de situaciones a las que pueden llevar no permiten formular criterios cerrados, pero, al mismo tiempo, obligan a los Sres. Fiscales a interesarse cuidadosamente en cualquier dato, entre los que debe destacarse la constancia de un número relevante de detenciones y de requisitorias, consignadas en el informe previsto en el art. 292, pfo. 2º LECr., o la presencia de una situación de prisión provisional acordada en una causa distinta, que pueda indicar la existencia de otros procedimientos penales contra el condenado.

En tal situación los Sres. Fiscales deberán asumir las iniciativas necesarias para que los extremos relevantes de tales causas sean aportados al procedimiento, para así disponer de todos los datos trascendentes en el momento de emitir informe sobre la concesión o denegación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta.

Con ello queda fijado el sustrato fáctico del nuevo criterio, al que, junto con la peligrosidad criminal, los Sres. Fiscales deben atender fundamentalmente para basar sus informes sobre la concesión del beneficio, sin perjuicio de la consideración de los demás datos que resulten relevantes.

La trascendencia de dichos criterios tiene que ser determinada teniendo en cuenta el fundamento de la institución, que según la doctrina del Tribunal Constitucional, establecida en la STC 209/93, de 28-6, y en las resoluciones que ésta cita, es (...) *la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de tan breve duración no sólo impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo (...) y (...) evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios y respecto de las penas privativas de libertad de corta duración, finalidad explícita en el momento de su implantación.*

Por tanto, la concesión de la suspensión exige que la valoración de los criterios del art. 80.1, pfo. 2º y la de cualquier otro dato relevante, refleje la imagen de una persona que, probablemente, no delinquirá en el futuro, por lo que el cumplimiento de la breve privación de libertad ya impuesta no satisfaría ninguno de los fines de la pena,

sino que, por el contrario, podría ser determinante de la comisión de nuevos ilícitos penales.

En atención a lo hasta aquí expuesto, si en el correspondiente procedimiento consta acreditada la existencia de otras causas penales contra la persona ya condenada, los Sres. Fiscales valorarán sus circunstancias a los efectos mencionados en el párrafo anterior, del mismo modo que considerarán cualquier otro hecho que esté acreditado y que tenga trascendencia respecto de la peligrosidad criminal, como puede ser, entre otros, la existencia de diligencias de investigación o informativas tramitadas por el Ministerio Fiscal, y también, aunque no tengan el carácter fundamental que la ley atribuye a los anteriores, atenderán a cualquier otro dato probado que contribuya a formular el pronóstico sobre el futuro comportamiento del condenado al que hace referencia la mencionada jurisprudencia constitucional como punto central de la institución.

XIII.-2. Modificación del art. 81,2ª: condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena.

Aunque se trate de aspectos relacionados con el art. 81, 1ª, que no ha sido reformado por la L.O. 15/03, la necesidad de interpretar el precepto en conjunto hace preciso recordar la vigencia de lo dispuesto en la Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 30-8-28, según la cual, a los efectos de excluir la posibilidad de concesión de la suspensión, es indiferente que el delito anterior dé o no lugar a la apreciación de la reincidencia y en la Consulta de la misma Fiscalía de 30-6-48, en atención a cuyo contenido no se han de tener en cuenta para excluir la concesión de la suspensión de la condena los anteriores delitos que hayan dejado de serlo.

La L.O.15/03 ha cambiado la segunda de las condiciones forzosas de la suspensión de condena. La actual redacción del art. 81 es:

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 art. 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.

La modificación del art. 81.2 es doble, porque la reforma ha suprimido la exigencia de que las penas cuya duración es susceptible de ser sumada para alcanzar el límite que establece hayan sido impuestas en la misma sentencia, y ha declarado que la pena derivada del impago de la multa no es computable a tal fin.

XIII.-2.A. La supresión de la exigencia de que las penas hayan sido impuestas en la misma sentencia.

El texto anterior del art. 81,2ª impedía la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad que, impuestas en la misma sentencia, con duración unitaria inferior a dos años, por adición entre ellas, superasen ese límite. Tras la reforma, la misma circunstancia niega la posibilidad de suspender la ejecución de las penas de duración inferior a dos años que, sumadas, superen tal frontera, sin hacer mención a que hayan sido impuestas en la misma sentencia.

El informe del Consejo General del Poder Judicial al correspondiente anteproyecto de ley afirmó en este aspecto: *El límite de pena para la suspensión de la ejecución de la pena, establecido en dos años, regirá bien se trate de pena única, bien de la suma de varias condenas, aunque se hubieran impuesto en distintas sentencias (modificación del art. 81.2ª). Por tanto, se equipara el tratamiento del que es juzgado en un solo proceso por varios hechos, respecto del que lo es en procesos distintos. La modificación es oportuna pues, incluso, materialmente el concurso de delitos existe aunque los hechos hubieran sido enjuiciados en procesos distintos, pudiendo serlo en uno solo.*

Según este criterio, esta reforma suprime el efecto que, respecto de la suspensión, pudiera tener la frecuente circunstancia de que dos grupos de hechos de igual trascendencia jurídica hubieran sido enjuiciados en un caso en el mismo procedimiento y en otro en varios.

Sin embargo, no es posible suscribir esta interpretación. La lectura conjunta de las condiciones exigidas por el art. 81 demuestra que la determinación de su presencia o ausencia debe ser realizada dentro del marco impuesto por el fallo de una misma sentencia.

Las condenas previas por delitos dolosos producen sus efectos según lo previsto por la primera condición (art. 81, 1ª). Las impuestas por delitos imprudentes anteriores son irrelevantes, porque admitir su trascendencia respecto de la segunda condición sería igual que concederles por esta vía el valor que les niega la primera.

Este mismo argumento rechaza la consideración de hipotéticas condenas posteriores. La primera condición exige que el condenado haya delinquirido por primera vez. Negar la posibilidad de conceder el beneficio por suma de condenas posteriores a aquélla cuya suspensión se está considerando, hasta superar el límite de dos años, supondría dar aquí trascendencia a lo mismo que es rechazado anteriormente.

Por otra parte, la imprecisión del legislador en cuanto a los límites objetivos o temporales de las posibles condenas computables a estos efectos, y las dificultades prácticas para comprobar en cada caso la concurrencia de este requisito de carácter obstativo, con el riesgo que todo ello entraña para la seguridad jurídica, llevan también a descartar esta interpretación y a abogar por aquella que circunscribe a un mismo proceso el límite temporal establecido.

En consecuencia, la supresión de la expresión *en una misma sentencia* supone una mejoría técnica del texto legal, que elimina una redundancia, pero que no extrae el cálculo del límite de la pena o penas susceptibles de suspensión del ámbito de la sentencia en la que fueron impuestas, y los Sres. Fiscales continuarán efectuando ese cómputo dentro de ese margen.

Esta conclusión, no obstante, deja plenamente vigente la posibilidad de valorar facultativamente las restantes condenas posteriores para denegar, en su caso, la suspensión por aplicación de lo dispuesto en el art. 80.1, antes comentado.

XIII.-2.B. La exclusión de la responsabilidad personal derivada del impago de la multa del cómputo del límite de la pena o penas susceptible de suspensión.

La segunda modificación del art. 81,2ª ha excluido la responsabilidad personal derivada del impago de la multa del cómputo del límite de la pena o penas susceptible de suspensión. El objeto del art. 81,2ª no es identificar las penas que pueden ser suspendidas, cuestión que trata el artículo 80, sino establecer las reglas para su cálculo, por lo que tras este cambio la ejecución de la responsabilidad impuesta por el impago de la multa sigue siendo susceptible de suspensión.

También en este aspecto continúan vigentes los criterios establecidos en la Consulta 4/1999, de 17-9, de la FGE, según la cual *No se tendrá en consideración la responsabilidad subsidiaria por impago de la pena de multa a efectos de fijar el cómputo punitivo que ha de ser comparado con el límite de dos años de privación de libertad establecido en el art. 81.2ª del CP.*

XIII.-3. Modificación del art. 82 y del art. 85: el sistema de constancia registral de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

La L.O. 15/03 ha dado al art. 82 CP el siguiente contenido:

Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los jueces o tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.

Por su parte el art. 85 ha quedado redactado del siguiente modo:

- 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.*

Las modificaciones experimentadas por el art. 82 y por el art. 85 suponen la desaparición del régimen especial que la redacción original del CP95 estableció para la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes de las condenas cuya ejecución hubiese sido suspendida.

Tras la entrada en vigor de LO 15/03 la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes de las condenas suspendidas se somete al régimen general. En

consecuencia, los antecedentes penales constan con independencia de la suspensión y su cancelación atiende el cómputo de los plazos establecido en el art. 136, mientras que antes de la reforma tales condenas sólo constaban en la Sección especial, de acceso restringido y, en caso de remisión, desaparecían.

Los efectos de la regulación derogada, especialmente en relación con la pena de multa, eran difíciles de asumir, ya que la observancia de la sanción producía la inscripción de la condena en el Registro Central de Penados y Rebeldes, mientras que su incumplimiento con posterior suspensión de la ejecución de la responsabilidad personal, llevaba la inscripción de la condena a la Sección especial del Registro y, en caso de remisión, producía su cancelación directa, sin que tal antecedente pudiera ser tenido en cuenta a ningún efecto. En definitiva colocaba en peor situación a quien pagaba la multa frente a quien no la afrontaba.

XIII.-4. Reforma del art. 83.1: las reglas de conducta en relación con los delitos contemplados en los arts. 153 y 173.2

El art. 83 CP ha sido modificado por la L.O. 15/03. Su texto actual es el siguiente:

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 art. 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 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 arts. 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.

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.

La L.O. 15/03 ha mejorado técnicamente la redacción del art. 83.1, pfo. 1º al restablecer la numeración correlativa de las reglas que contiene, pero su verdadera importancia se encuentra en la introducción de un nuevo segundo párrafo, según el cual en los delitos contemplados en los arts. 153 y 173.2 resulta preceptivo condicionar la concesión de la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª del apartado.

La aplicación práctica de esta norma puede presentar problemas, porque en los mismos delitos el art. 57 prevé la imposición, obligatoria en unos casos y facultativa en otros, de las penas accesorias del art. 48, que no son susceptibles de suspensión, y cuyo

contenido y duración no coincide necesariamente con el de las obligaciones o deberes (prohibición de acudir a determinados lugares y 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), cuya exigencia establece el art. 83.1, pfo. 2º, si en estos supuestos se suspende la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta.

En efecto, el art. 57.2, en los delitos mencionados en el art. 57.1, pfo. 1º, cometidos contra las personas a que se refiere el art. 173.2 CP, obliga a imponer la pena accesoria prevista en el art. 48.2 (prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, cuyo contenido es establecido en el propio precepto), por un tiempo cuya duración mínima no fija y por un máximo de diez años para los delitos graves o de cinco para los menos graves.

En los mismos casos, si la pena principal impuesta fuera de prisión, el art. 57.1 permite imponer las accesorias previstas en el art. 48.1 y 3 (privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, y prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, con contenido en ambos casos también descrito el propio precepto), por un tiempo superior entre uno y diez años al de la prisión, en caso de delito grave, y entre uno y cinco si el delito fuera menos grave, e impone un período mínimo de duración para la pena accesoria de carácter obligatorio del art. 48.2.

Por el contrario, el art. 83 no describe el contenido de las obligaciones o deberes que regula, que, es preciso recordarlo, no son penas sino reglas de conducta.

A la par, la duración de las penas accesorias mencionadas será la fijada en el fallo de la sentencia condenatoria, dentro de los límites establecidos en el art. 48, mientras que la de las correspondientes obligaciones o deberes será la del plazo de suspensión dispuesto, normalmente, en el auto de concesión del beneficio, en el marco del art. 80.2.

La coincidencia de ambas consecuencias jurídicas no generará problemas durante su ejecución simultánea. Dado que las penas no privativas de libertad no son susceptibles de suspensión, se iniciará la ejecución de las accesorias. Al mismo tiempo, el condenado cumplirá las prohibiciones u obligaciones impuestas en virtud de la suspensión.

Sin embargo, la mencionada ausencia de una descripción legal del contenido de las obligaciones o deberes impuestos por la suspensión puede crear problemas cuando su duración sea superior a la de las penas accesorias aplicadas.

Piénsese, a título de ejemplo, en una persona a quien por la comisión del delito del art. 153 se imponga una pena de prisión de tres meses, con las accesorias del art. 48.1 y 2 por un año más (art. 57.1, pfo.2º y 2), y a quien después se le suspenda la ejecución de la pena privativa de libertad por dos años (art. 80.2), y que, en consecuencia, tenga que cumplir las dos primeras medidas del art. 83.1 durante ese mismo período.

En tal situación, una vez cumplidas íntegramente las penas accesorias, puede plantearse el interrogante de si en ese momento siguen vigentes las prohibiciones con igual contenido que el que les fue fijado como pena accesoria, o si al subsistir únicamente como reglas de conducta varía el alcance y sentido de las mismas.

La trascendencia de los bienes jurídicos protegidos por los delitos de los arts. 153 y 173.2, la necesidad de asegurar la protección de sus titulares, y la adecuación de estos dos rasgos con la naturaleza y fines de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, obligan a establecer criterios dirigidos a disminuir los posibles casos conflictivos.

Ya que el origen de los problemas aludidos es una doble falta de correspondencia de contenido y duración, su prevención ha de partir de la disminución de tales diferencias.

La necesidad de atender a las características de cada hecho y de cada autor desaconseja el establecimiento de criterios generales que puedan incidir en la última fase de individualización de la pena o en el plazo de concesión de suspensión, por lo que la línea de actuación más eficaz se encuentra en el terreno de la armonización de contenidos.

Con la finalidad de evitar las faltas de correspondencia mencionadas, en todo caso de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por la comisión de los hechos sancionados en los arts. 153 o 173.2, los Sres. Fiscales interesarán en sus informes que, si el plazo de suspensión es superior a la duración de las penas accesorias impuestas conforme a los arts. 57 y 48, la resolución judicial correspondiente exprese el contenido de las reglas previstas en el art. 83.1, 1ª y 2ª, en sentido concordante con el establecido en el art. 48 para las correspondientes penas accesorias.

El art. 33 de la L.O. 1/04, de 28-12, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el B.O.E. nº 313, de 29-12, ha redactado el que identifica como párrafo segundo del apartado 1, 6ª del art. 83 CP del siguiente modo: *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 1.ª, 2.ª y 5.ª de este apartado.*

La vigencia de esta reforma dará lugar, de un lado, a la modificación del presupuesto que hace necesaria la imposición de las obligaciones o deberes previstos en las tres reglas que menciona el precepto, que de estar constituido por los delitos de los

arts. 153 y 173.2, pasarán a ser los delitos relacionados con la violencia de género, concepto éste que define el art. 1.3 de la propia L.O. 1/04, y, de otro, a la ampliación del elenco de tales reglas, al añadirse la quinta a las dos primeras.

XIII.-5. La revocación de la suspensión y de la remisión de la pena: arts. 84 y 85.

El Código Penal regula en los arts. 84 y 85.1 el incumplimiento de las obligaciones impuestas al suspenso y en el art. 85.2 el efecto de su observancia.

Según el 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 los supuestos en los que la pena suspendida fuera la de prisión por comisión de los delitos contemplados en los arts. 153 y 173.2 de este Código, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes señalados en los números 1 y 2 del apartado primero del art. 83 de este Código determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.

El art. 85 dispone:

- 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.*

XIII.-5.A. La revocación de la suspensión.

El nuevo art. 84.3, añadido al texto del CP por la L.O. 15/03, impone la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta por la comisión de los delitos de los arts. 153 y 173.2, cuando se incumplan las obligaciones o deberes del art. 83.1, 1ª y 2ª.

El efecto previsto por la ley equipara el tratamiento de esta situación con el de la infracción de la obligación de no volver a delinquir, por lo que ambas se constituyen en obligaciones esenciales frente a las demás contempladas en el art. 83, cuyo incumplimiento sólo permite revocar la suspensión cuando fuera reiterado.

El art. 84.3 no prevé la tramitación que el órgano judicial haya de seguir para acordar la revocación de la suspensión ante el incumplimiento de las obligaciones o deberes a los que se refiere. El respeto del derecho de defensa y la identidad de la consecuencia prevista en este apartado con la última del número anterior (art. 84.2, c), obliga a exigir en ambos casos idénticos requisitos, concretados en la concesión de audiencia de las partes y decisión mediante auto.

En ocasiones el suspenso infringe las obligaciones o deberes que le fueron impuestos, con el consentimiento de quien fue la víctima de los hechos castigados por los arts. 153 y 173.2. Cuando así ocurre también suele presentarse la paradójica

situación de tener que aplicar el art. 84.3, lo que da lugar a la revocación de la suspensión y al ingreso en prisión, contra la voluntad de la persona para cuya protección la ley prevé estas consecuencias. El choque del mandato legal con el deseo del titular del bien jurídico afectado genera en estas ocasiones un contexto extraño que obliga a los Fiscales a asumir una doble iniciativa que, aunque en principio pueda parecer contradictoria, constituye la única posibilidad de conjugar ambos.

En estos casos, los Sres. Fiscales, cumpliendo su misión constitucional de defender la legalidad, deben promover la observancia del art. 84.3, y, por tanto, han de instar la ejecución de la pena de prisión, previa revocación de la suspensión. Sin embargo, el estricto acatamiento de esta obligación no implica que la voluntad de la víctima tenga que ser siempre desoída.

Cuando se produzca la situación a la que nos venimos refiriendo, los Sres. Fiscales valorarán con la máxima prudencia si las circunstancias del caso obligan a tomar en cuenta los argumentos expuestos por la víctima en contra de la ejecución de la pena. En caso afirmativo, aun cuando en virtud de lo dispuesto por el art. 84.3, deben interesar la revocación del beneficio y el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, si las circunstancias lo hacen necesario, pueden utilizar la facultad prevista en el art. 20 de la Ley de 18-6-1870 y proponer el indulto de la misma, y, con base en el art. 4.4 CP, la suspensión de su ejecución hasta que se resuelva la concesión o denegación del beneficio.

El art. 34 de la L.O. 1/04 ha dado al art. 84.3 CP la siguiente redacción: *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 1.ª, 2.ª y 5.ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.* Las observaciones realizadas *supra* al considerar la modificación del art. 83.1 CP por la misma Ley Orgánica, en cuanto al concepto de los delitos relacionados con la violencia

de género, el período de *vacatio legis* de la reforma, la modificación del presupuesto de aplicación del precepto y la ampliación del elenco de reglas, deben tenerse por reproducidas en este lugar.

XIII.-5.B. La revocación de la remisión.

Los arts. 84 y 85 siguen sin declarar expresamente si procede ejecutar la pena suspendida, previa revocación de la suspensión y de la remisión, cuando, después de concedida ésta, se tenga conocimiento de que, durante el plazo del beneficio, el condenado volvió a delinquir o, en su caso, incumplió las reglas de conducta impuestas.

Esta duda nació cuando el CP95 derogó la Ley de 17-3-1908, sobre condena condicional, sin introducir ningún precepto análogo a su art. 14, que disponía el cumplimiento de la pena suspendida cuando el reo fuese condenado después del plazo de suspensión por hecho cometido dentro del mismo, salvo el caso de prescripción.

Bajo la vigencia del CP95 la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha venido mantenido que se debe ejecutar la pena suspendida, ya que el auto de remisión de la misma se encuentra sometido a la previa condición resolutoria de no haber delinquido durante el período de suspensión, por lo que sus efectos jurídicos perviven en tanto no se produzca la misma. La misma doctrina afirma que, en tal situación, la dicción imperativa de los arts. 84 y 85 da lugar a la ejecución de la pena suspendida y remitida, porque en el art. 84.1 ordena proceder a la ejecución de la pena, sin exceptuar de este mandato los casos en los que se hubiera dictado auto de remisión.

Esta conclusión se ve reforzada, de un lado, porque la ausencia en el ordenamiento vigente de un precepto paralelo al art. 14 de la derogada Ley de 1908, no

ha de interpretarse como un cambio de criterio legislativo sino sólo como la constatación de la imposibilidad de recoger en el Código Penal toda la tramitación procesal de la institución; y, de otro, porque esta solución evita el efecto criminógeno que produciría en otro caso la cercanía del fin del plazo de suspensión.

La L.O. 15/03 ha añadido una nueva causa de extinción de la responsabilidad criminal a las ya existentes. El nuevo motivo, contenido en el art. 130, 3º, declara que la responsabilidad criminal se extingue *por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de este Código*, y obliga a decidir si tiene alguna trascendencia sobre la situación previa.

La respuesta ha de ser negativa porque el reenvío que realiza el art 130, 3º liga directamente la desaparición del *ius puniendi* con la remisión pero, también, con su presupuesto fáctico: que el sujeto no hubiese delinquido y que, en su caso, hubiera cumplido las reglas de conducta impuestas, por lo que, de no producirse esta situación, no procede la extinción.

Por ese motivo la comisión de un delito o la infracción de una regla de conducta durante el plazo de suspensión ha de dar lugar a la revocación del beneficio, incluso aunque se hubiera acordado la remisión y la extinción de la responsabilidad criminal, dejando a salvo la posibilidad de que ésta se hubiese extinguido por la concurrencia de cualquiera otra de las causas previstas en el art. 130 del Código.

En definitiva, y pese a hacer referencia a las normas aplicables antes de la entrada en vigor del CP95, cabe afirmar la vigencia de la doctrina establecida en la Consulta 3/83, de 22-4, ratificada por la Consulta 1/95, de 16-2, ambas de la Fiscalía General del Estado, según la cual la suspensión concedida no se puede revocar por la comisión de delitos anteriores al acto de concesión, con independencia del momento en el que hubieran sido sentenciados, y la revocación de su concesión procede si los hechos delictivos se cometieron durante el plazo de suspensión, siendo intrascendente que la correspondiente sentencia fuera dictada después de su finalización.

Por tales razones, cuando tras la remisión de la pena, se descubra que durante el plazo de suspensión se cometió un delito o se infringieron las reglas de conducta impuestas, en este caso en las circunstancias previstas para producir el efecto revocatorio, los Sres. Fiscales continuarán interesando de los órganos judiciales la revocación de la declaración de extinción de la responsabilidad criminal, de la remisión y de la propia suspensión, y la ejecución de la pena impuesta.

Por los mismos motivos los Sres. Fiscales no se opondrán a que, una vez transcurrido el plazo de suspensión y, no constando en la correspondiente hoja histórico penal la comisión de nuevos delitos, ni tampoco, en su caso, la infracción de las reglas de conducta impuestas, se acuerde la extinción de la responsabilidad criminal, pero harán constar expresamente en sus informes que tal declaración se encuentra condicionada a lo dispuesto en el art. 85.2 CP, y se opondrán a los intentos de automatizar la declaración de extinción de la responsabilidad criminal sin la previa realización de las correspondientes comprobaciones.

XIII.-6. Reforma del art. 87.1 y 87.4: suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias del art. 20.2

El vigente texto del art. 87 CP es:

1. Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el art. 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 art. 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.

En el art. 87.1 la L.O. 15/03 ha elevado a cinco años el límite máximo de las penas privativas de libertad cuya suspensión cabe según lo previsto en este artículo, ha suprimido el impedimento consistente en la habitualidad del reo y ha establecido un informe preceptivo del Médico forense sobre las condiciones cuyo cumplimiento exige para la concesión de la suspensión. En el art. 87.4 la reforma ha establecido una periodicidad mínima anual para la emisión de los informes que han de presentar los centros o servicios en los que el condenado reciba deshabitación.

Dado el carácter especial de la modalidad de suspensión prevista en el art. 87, los Sres. Fiscales, antes de emitir sus dictámenes sobre ella, comprobarán que los informes mencionados en el apartado 1 se encuentran unidos a la causa, y cuando las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto hagan aconsejable una periodicidad inferior a la prevista en el apartado 4, la interesarán expresamente en los dictámenes que confeccionen.

La modificación experimentada por el apartado 4 del artículo no ha de ser interpretada en desconexión con el resto de los preceptos que disciplinan la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, por lo que los penados a los que se haya concedido el beneficio por esta vía especial también podrán ser sometidos al cumplimiento de alguna o de todas las reglas de conducta establecidas en el artículo 83.1, si la pena suspendida fuese de prisión.

XIV. LAS MODIFICACIONES EN EL SISTEMA DE SUSTITUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: ARTS. 88 Y 94

Como consecuencia de la desaparición de la pena de arrestos de fin de semana, tras la reforma, el art. 88.1, pfo.1º permite sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, expresa el módulo para su conversión, y contempla la posibilidad de imponer la observancia de una o

varias de las obligaciones o deberes previstos en el art. 83, cuando no hubieran sido impuestos como penas, sin que su duración pueda exceder de la de la pena sustituida.

También a causa de la supresión de los arrestos de fin de semana el art. 88.1, pfo. 2º regula la sustitución de las penas de prisión superiores a un año e inferiores a dos por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

El nuevo pfo. 3º contiene una excepción a lo previsto en los dos anteriores pues, cuando la condena hubiera sido impuesta por el delito del art. 173.2, sólo será posible sustituir la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad, debiendo imponerse necesariamente la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y la observancia de las obligaciones o deberes del art. 83.1, 1ª y 2ª.

El texto vigente del art. 88 es:

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, 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. En estos casos el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el art. 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 el delito tipificado en el art. 173.2 de este Código, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. 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 los números 1 y 2 del apartado primero del art. 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.

Las modificaciones introducidas presentan diversos puntos que deben ser destacados.

XIV.-1. La sustitución de las penas de prisión que no excedan de dos años

El art. 88.1, pfo. 2º permite excepcionalmente sustituir la pena de prisión que contempla, además de por multa, por multa y por trabajos en beneficio de la comunidad. Esta segunda opción plantea el interrogante de si es posible sustituir toda la prisión impuesta por la misma cantidad de días de trabajo en beneficio de la comunidad y, además, por la doble cantidad de días multa, o si, por el contrario, los días de prisión

convertidos en días de trabajos en beneficio de la comunidad no podrán ser computados para su sustitución por multa y viceversa.

La preferencia por esta segunda posibilidad resulta obvia si se repara en que el pfo. 2º se remite al anterior que expresamente afirma *sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo*, por lo que los días convertidos en una de las penas sustitutivas aplicables no podrán ser tenidos en cuenta para su conversión en la otra.

Los Sres. Fiscales deben tener presentes los criterios establecidos en el apartado V.-2 de la Circular 2/2004, respecto de la duración máxima de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad cuando se sustituyan penas de prisión de hasta dos años. En tal caso, para evitar la imposición de un número de jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad que pudiera tener un efecto desocializador, será necesario respetar el límite máximo de un año establecido en el art. 40.4, y sustituir por multa el resto de pena no sustituida por dichos trabajos.

XIV.-2. La imposición de reglas de conducta

Con notorio paralelismo a lo previsto para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, las reglas de sustitución en ciertos casos permiten, y en otros obligan, a la imposición de reglas de conducta previstas en el art. 83 CP. Tal situación genera ciertas dudas que deben ser afrontadas.

El art. 88.1, pfo. 2º no prevé expresamente la posibilidad de imponer las obligaciones o deberes del art. 83 en los casos de sustitución de penas de prisión de hasta dos años de duración. La remisión de su inciso final a los requisitos, términos y módulos previstos en el párrafo anterior no parece constituir una base suficiente para proclamar la aplicabilidad analógica del mismo a este caso. No obstante ello, la interpretación conjunta de ambos párrafos permite concluir que, cuando se sustituya una pena de prisión superior a un año e inferior a dos, también será posible imponer las

reglas de conducta previstas en el art. 83.1, porque carecería de sentido poder aplicarlas a un supuesto de menor gravedad y no a uno de mayor entidad, especialmente cuando en ambos casos la única pena sustitutiva puede ser la de multa.

El supuesto previsto en el art. 88.1, pfo. 3º dará lugar a una situación sustancialmente idéntica a la causada por la suspensión de la ejecución de la pena impuesta por la comisión de los delitos de los arts. 153 y 173.2., ya que la sustitución de la pena privativa de libertad tampoco afecta a la ejecución de las accesorias impuestas. En ambos casos concurrirán accesorias y reglas de conducta en la manera descrita al examinar la suspensión de la condena.

La coincidencia de las dos situaciones, con superposición en ambas de penas accesorias y de obligaciones o deberes de diferente duración, obliga a remitirse a lo expuesto extensamente respecto de la intervención del Ministerio Fiscal en estos casos.

El art. 35 de la L.O. 1/04 ha dado al art. 88.1, pfo. 3º CP la siguiente redacción: *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. 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.* La modificación entrará en vigor en la misma fecha que las realizadas por la misma Ley Orgánica en el texto de los arts. 83.1 y 84.3, a las que se ha hecho referencia *supra* y su alcance se agota en el cambio del presupuesto al que hace mención el precepto, tal y como se expuso al comentar la reforma del primero de los artículos modificados, cuyas observaciones en relación con la definición de los delitos relacionados con la violencia de género son igualmente reproducibles en este momento.

XIV.-3. La infracción de las reglas de conducta

El art. 88 no establece ninguna consecuencia jurídica para la infracción de las reglas de comportamiento del art. 83.1 cuando éstas hayan sido impuestas en virtud de lo previsto en él y, por tanto, no estén siendo ejecutadas penas accesorias de igual contenido. El régimen previsto en el apartado 2 del artículo para el incumplimiento total o parcial de la pena sustitutiva no resulta aplicable, en primer lugar, porque el propio precepto declara expresamente la incompatibilidad de tales reglas con las mismas obligaciones o deberes que hayan sido impuestas como penas en las sentencia, lo que implica una naturaleza diferente, y, en segundo término, porque las normas para el abono de la pena sustitutiva parcialmente cumplida a la de prisión inicialmente impuesta no resultan utilizables cuando se trata de las obligaciones o deberes mencionados, en los que no existe la regla de conversión del apartado siguiente.

A pesar de ser una consecuencia profundamente insatisfactoria, no parece posible que los Sres. Fiscales asuman ninguna iniciativa cuando se constate el incumplimiento en este ámbito de las reglas de conducta impuestas.

XIV.-4. Los programas de reeducación y tratamiento psicológico

El art. 88.1, pfo. 3º carece de referencias tanto respecto de los caracteres de los programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico a los que hace mención como de la acreditación que se pueda exigir a las personas o entidades llamadas a desarrollarlos. Los Sres. Fiscales, ante tal ausencia, valorarán prudencialmente la posibilidad de reclamar de los médicos forenses o de los servicios sociales correspondientes los informes necesarios para poder informar adecuadamente acerca de tales programas.

XIV.-5. El concepto de reo habitual

El art. 94 ha quedado redactado de la siguiente manera:

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 art. 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad.

Como consecuencia de la reforma del art. 94 la aplicación del concepto de reo habitual ha quedado restringida a la sección segunda del capítulo, que contiene los arts. 88 y 89. La nueva redacción incluye un nuevo pfo. 2º que regula el cómputo del plazo de cinco años.

En realidad la remisión a la sección segunda del capítulo afecta, única y exclusivamente, al art. 88.1, párrafos 1º y 2º, porque ambos excluyen la posibilidad de sustituir la pena a los reos habituales.

Dentro del segundo párrafo ha de entenderse que la mención de la posible suspensión carece de función, al haber desaparecido la trascendencia que tenía la habitualidad en la denegación de la suspensión de la pena prevista en el art. 87.

Debe considerarse como únicamente subsistente la referencia a la posible sustitución, que no se podrá conceder cuando en el plazo de cinco años anteriores al momento de la firmeza de la sentencia cuyo contenido sancionador se pretende sustituir, conste acreditada la comisión de al menos tres delitos del mismo capítulo, sentenciados en firme.

En aplicación de este precepto los Sres. Fiscales se opondrán a la sustitución de la pena en un procedimiento cuando en el plazo de cinco años anteriores conste la comisión y la condena por otros dos delitos comprendidos en el mismo capítulo que el delito objeto de la causa en cuestión, ya que éste será precisamente el tercero.

XV. LA REFORMA DEL ART. 92: EL PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EXTRAORDINARIA

La reforma de la L.O. 15/03 ha supuesto la adición de dos nuevos apartados al art. 92, cuyo contenido, aunque principalmente referido al procedimiento aplicable a la tramitación de la posibilidad de conceder la libertad condicional a internos de más de setenta años de edad o aquejados por enfermedades muy graves con padecimientos incurables, también presenta un relevante aspecto material.

El art. 92 presenta este texto:

1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional.

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 art. 75 de la Ley orgánica General Penitenciaria.

La tramitación prevista en los apartados 2 y 3 del artículo es concordante con la establecida en el art. 196 del R.D. 190/96, de 9 de febrero, de Reglamento Penitenciario.

Ya antes de la reforma el carácter facultativo de la concesión de la libertad condicional en estos casos quedaba establecido por la última frase del primer párrafo del precepto, según el cual: ..., *podrán obtener la concesión de la libertad condicional*. Los requisitos introducidos por la L.O. 15/03 al regular los trámites de dicha concesión refuerzan la exclusión de una concesión automática de la libertad condicional en estos casos.

El nuevo apartado 2 introduce la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto como criterios que el Juez de Vigilancia Penitenciaria ha de considerar, junto con las circunstancias personales y entre ellas las del primer apartado, para resolver el expediente de libertad condicional. Por esta razón será preciso constatar que, junto con la edad o con la enfermedad, estos u otros motivos han dado lugar a una situación de limitación de la potencialidad delictiva del sujeto.

La misma valoración de las circunstancias personales del sujeto, de su dificultad para delinquir y de su escasa peligrosidad, debe ser realizada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo requerimiento al centro penitenciario del informe de pronóstico final, en los casos del apartado 3, en los que la edad o la enfermedad produzcan patente

peligro para la vida del interno, situación que debe quedar acreditada por sendos dictámenes del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento en el que se encuentre ingresado y que, en su caso, previa la progresión a tercer grado si el interno no se encontrase clasificado en él, dará lugar a la posibilidad de autorizar la libertad condicional.

La adecuada consideración del cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 92 requiere que los Sres. Fiscales tengan presente, por ser de completa aplicación a los establecidos tras la reforma, lo manifestado respecto del supuesto del art. 92.1, pfo. 2º, por la STC48/96, de 25-3, según la cual: *La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el Código penal, entre ellas, como aquí ocurre, la menor peligrosidad de los así libertos por su misma capacidad disminuida. En definitiva no pietatis causa sino por criterios enraizados en la Justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble de otra guisa.*

XVI. LA REFORMA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

XVI.-1. La modificación de las disposiciones generales sobre las medidas de seguridad. Arts. 95 a 100

El art. 95.2, en su actual redacción, dispone que:

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.

Y según el 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 art. 96.3.

En ambos preceptos se ha sustituido la remisión al art. 105 por la referencia al art. 96.3, como consecuencia de la introducción en este último del siguiente catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad:

1ª La inhabilitación profesional.

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

3ª La obligación de residir en un lugar determinado.

4ª La prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

5ª La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.

6ª La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

7ª La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

8ª La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

9ª La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

10ª La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

11ª La sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario.

12ª El sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.

XVI.-1.A. La duración máxima de las medidas de seguridad no privativas de libertad.

Sin perjuicio de dejar constancia de que el establecimiento de un catálogo de medidas supone una mejoría técnica, al suprimir la necesidad de remitirse a otro precepto, hay que destacar que el art. 96.3 no establece la duración de las medidas de seguridad no privativas de libertad que regula.

Los límites temporales que impone el art. 105 a la duración de las medidas de dicha naturaleza sólo rigen cuando sean aplicadas conjuntamente con otras privativas de libertad. Por tanto el Código no condiciona, al menos

expresamente, la duración de las medidas no privativas de libertad impuestas autónomamente.

Esta situación obliga a decidir si, en tales ocasiones, estas consecuencias jurídicas están sometidas a los límites previstos en el art. 105, si les resultan aplicables otros marcos temporales o, por último, si están exentas de referencias de esa clase, ya que, dejando de lado el supuesto del art. 96.3.2ª, en el que la medida se agota en la propia expulsión, sin perjuicio del período de prohibición de regresar a España (art. 108.2 CP), en los demás casos cabe la posibilidad de establecerles una duración.

El art. 6.2 prohíbe la existencia de medidas de seguridad de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido cuando afirma que *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*. En aplicación de este precepto el plazo de las medidas de seguridad del art. 96.3 en ningún caso podrá ser mayor que el previsto para la pena de igual contenido.

Este artículo ha sido interpretado de manera coincidente por la Fiscalía General del Estado, fundamentalmente en la Consulta 5/97, de 24-2, y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en pronunciamientos relativos a la medida de internamiento, pero cuyos criterios resultan perfectamente generalizables.

Según la doctrina del Tribunal Supremo, establecida, entre otras, en la STS 1.176/03, de 12-9 y en la STS 2.107/01, de 12-11, la sentencia, absolutoria respecto de la pena, tiene que establecer el límite máximo de la medida de seguridad, especialmente cuando ésta consista en privación de libertad. Tal límite máximo lo constituye, a tenor del art. 6.2, el tiempo que

habría durado la pena privativa de libertad considerada en abstracto. Pena considerada en abstracto es la resultante de la aplicación de las reglas legales de determinación de la pena y no la que en el caso concreto hubiera sido impuesta de no haberse apreciado la concurrencia de una circunstancia eximente, completa o incompleta.

A este respecto la primera de las dos resoluciones mencionadas afirmó: *A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, y también en España antes del CP 95, ahora bajo la vigencia de este último código, hay que fijar en la sentencia (absolutoria respecto de la pena) el límite máximo de la medida de seguridad, particularmente, cuando ésta consiste en privación de libertad. Así lo manda dicho código en su art. 101.1, que también nos dice el criterio para tal fijación del límite máximo: el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, pero considerada en abstracto, tal y como lo precisa el art. 6.2 del mismo CP 95 y conforme lo interpreta la circular de la Fiscalía General del Estado al responder a la consulta número 5/1997, de 24 de febrero.*

Esta referencia a la "pena abstractamente aplicable al hecho cometido", como literalmente se dice en ese art. 6.2, entendemos que ha de referirse a la prevista en el correspondiente artículo definidor del delito teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 61 a 64 a propósito del grado de ejecución, (consumación y tentativa) y de participación (autoría y complicidad) y sin consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter genérico (arts. 21, 22 y 23). Así habrá de fijarse en la sentencia absolutoria el límite máximo de la medida privativa de libertad, siempre con la correspondiente motivación exigible para todo el contenido de la sentencia (art. 120.3 CE), con lo que quedarán satisfechas las exigencias propias de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica.

Como consecuencia de la absolución por inimputabilidad del acusado no hubo de imponerse pena, pero la medida de seguridad correspondiente tenía como límite máximo el que viene determinado por la pena a aplicar considerada en abstracto.

La cuantía concreta de ese límite máximo ha de determinarse prescindiendo de la culpabilidad, que es el fundamento de la pena, culpabilidad que no existió por la mencionada inimputabilidad, y teniendo en cuenta la peligrosidad del sujeto, que constituye el fundamento de la medida de seguridad.

Como se ha dicho esta interpretación es coincidente con la realizada por la mencionada Consulta 5/97 de la Fiscalía General del Estado, que, respecto del art. 6 CP, afirmó: Como puede observarse, el precepto transcrito -cuya inclusión sistemática en el Título Preliminar le confiere un singular valor interpretativo- despeja las incertidumbres que puedan militar en favor de las distintas argumentaciones, pues ahí no se distingue entre unas u otras medidas de seguridad, ni del carácter completo o incompleto de la eximente que provoque su aplicación. Se impone un límite y éste viene predefinido en el tipo, con independencia de cualquier tentación individualizadora que, por efecto de la inimputabilidad -plena o semiplena- carece de justificación.

Por tanto los Sres. Fiscales, en todos los supuestos en los que se acuerde la imposición autónoma de una o más de las medidas de seguridad contempladas en el art. 96.3, sin perjuicio de las ocasiones en las que las circunstancias del hecho y de la persona aconsejen la fijación de límites temporales inferiores, consignarán en sus informes la necesidad de establecer como duración máxima de la medida impuesta la resultante de la aplicación del art. 6.2 en la interpretación que del mismo realizan la Fiscalía General del Estado y la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

XVI.-1.B. Las facultades de control del juez o tribunal sentenciador.

Tras la reforma del primer párrafo del art. 97 las facultades de control del juez o tribunal sentenciador sobre las medidas de seguridad impuestas durante la ejecución de la sentencia han perdido su naturaleza facultativa y han pasado a tener carácter necesario. Además, las tres posibilidades que contemplaba el párrafo han sido

completadas mediante la adición de una nueva, consistente en el mantenimiento de la ejecución de la medida impuesta. Estas han sido las únicas modificaciones con verdadero alcance, toda vez que el nuevo final del apartado c), en el que se ha expresado que, si acordada la sustitución, la evolución del sujeto bajo la nueva situación fuese desfavorable, procederá dejar sin efecto la nueva medida y volver a aplicar la sustituida, debe ser considerado una mejoría técnica.

Los Sres. Fiscales tomarán en consideración que, bajo el nuevo régimen, el juez o tribunal sentenciador se encuentra obligado a dictar al menos una vez al año, a instancia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, un auto con alguno de los contenidos previstos en las letras a) a d) del párrafo primero del art. 97, por lo que interesarán de dichos órganos que lo hagan así, sin que tras la reforma pueda entenderse correcto el mantenimiento de la previa situación sin la existencia de la mencionada resolución.

XVI.-1.C. La deducción de testimonio por quebrantamiento.

La L.O. 15/03 ha modificado el art. 100 y ha impuesto al juez o tribunal la deducción de testimonio por el quebrantamiento de cualquier medida de seguridad, previsión que antes sólo se establecía respecto de las de internamiento:

1. 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.

2. Si se tratare de otras medidas, el juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad.

3. En ambos casos el juez o tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento.

Con ello se ha adecuado la redacción del art. 100 con la del art. 468, cuyo ámbito afecta a la infracción de cualquier clase de medida de seguridad.

Por otra parte, el actual texto del artículo omite la mención que previamente realizaba al art. 104. Esta remisión restringía los casos en los que había de deducirse testimonio a aquéllos en los que la medida de seguridad hubiera sido impuesta tras la apreciación de una eximente incompleta y no contemplaba dicha actuación cuando se hubiese apreciado una plena exención de responsabilidad criminal por concurrir alguno de los supuestos de los tres primeros números del art. 20.

La actual redacción del artículo impone la deducción de testimonio por el quebrantamiento de la medida, tanto privativa como no privativa de libertad, sin atender al carácter completo o incompleto de la circunstancia eximente que dio lugar a su imposición. Ha de ser en el ulterior procedimiento tramitado por el quebrantamiento donde se valore si en el momento de realización de este hecho resultaba apreciable alguna alteración de la capacidad de culpabilidad de la persona.

Por estos motivos los Sres. Fiscales, producido el quebrantamiento de cualquier medida de seguridad, interesarán del juez o tribunal la correspondiente deducción de testimonio y, atendiendo a las posibilidades de reingreso o sustitución que ofrecen los dos primeros apartados del artículo, interesarán igualmente, previa la aportación a la ejecutoria de los informes que puedan resultar pertinentes, el mantenimiento o la modificación de la medida infringida en los términos previstos en el precepto.

XVI.-2. La modificación de las reglas de aplicación de las medidas de seguridad: arts. 104.2 y 105

XVI.-2.A. La comunicación de la proximidad del vencimiento de una medida de internamiento.

La L.O. 15/03 ha añadido un apartado 2 al art. 104, cuyo texto es:

Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los arts. 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

Según la mencionada disposición adicional *Cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los núms. 1º y 3º art. 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil.*

El art. 104.2 es subsidiario respecto de esta disposición, ya que sólo será aplicable cuando no se haya acordado la declaración de incapacidad o el internamiento conforme a lo previsto en ella y, por tal motivo, proceda iniciar los trámites pertinentes a tal fin al aproximarse la fecha de finalización de la medida de internamiento.

La correspondencia entre el nuevo precepto, que incluye los casos de aplicación de los arts. 20.1, 20.2, 20.3 y 21.1, éste en relación a los anteriores, y la disposición adicional a la que se remite, que sólo cita el art. 20.1 y el 20.3, no es completa. Tal falta de concordancia es intrascendente. La nueva previsión es consecuencia de la necesidad de evitar que, al vencimiento de una medida de internamiento impuesta por la apreciación de situaciones que pudieran implicar la falta de capacidad de una persona para gobernarse a si misma, quede ésta ayuna de la asistencia que pudiera precisar, y su finalidad es posibilitar el ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico atribuye al Ministerio Fiscal en tales casos.

El cumplimiento de este precepto por los integrantes del Ministerio Fiscal no obsta al del resto de sus obligaciones frente a las personas que pudieran estar afectadas por alguna clase de discapacidad, y, señaladamente, la observancia de las que les impone la disposición adicional primera del Código, para determinar la procedencia de instar la declaración de su incapacidad, conforme al art. 757 LEC o, en su caso, su internamiento, conforme al art. 763 LEC.

Para atender a la nueva previsión legal, los Sres. Fiscales, en el caso de que la declaración de incapacidad o el internamiento no hubiesen sido acordados con anterioridad según lo previsto en la disposición adicional primera CP, interesarán en sus informes relativos al establecimiento o ejecución de la medida de internamiento que, próximo el vencimiento de la misma y con la suficiente antelación, les sea conferido por el juez o tribunal sentenciador el traslado previsto en el art. 104.2, a los efectos ya mencionados.

XVI.-2.B. Las nuevas medidas de seguridad del art. 105.

La L.O. 15/03 ha dado nueva redacción al art. 105:

En los casos previstos en los arts. 101 a 104, el juez o tribunal cuando imponga la medida privativa de libertad, o durante la ejecución de la misma, podrá acordar razonadamente la obligación de que el sometido a la medida observe una o varias de las siguientes medidas:

1. Por un tiempo no superior a cinco años:

a) Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario.

b) Obligación de residir en un lugar determinado.

c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

d) Prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.

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

f) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo profesional, de educación sexual y otros similares.

g) 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.

2. Por un tiempo de hasta diez años:

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

b) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Para decretar la obligación de observar alguna o algunas de las medidas previstas en este artículo, el juez o tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios de la Administración correspondiente informarán al juez o tribunal sentenciador.

Las modificaciones en el art. 105 han cambiado su párrafo inicial, refiriéndolo en su contenido a los supuestos de concurrencia de medidas privativas de libertad y de no privativas de libertad. Además, como novedad, permiten imponer la prohibición de acudir a espectáculos deportivos o culturales o la de visitar establecimientos de juego, contemplan la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y han dado carácter necesario y no vinculante a los informes de los encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad.

La modificación del art. 105.1.d), que, en concordancia con lo dispuesto en el art. 96.3, 5ª, extiende a territorios y a espectáculos deportivos o culturales la previamente existente prohibición de acudir a determinados lugares, y que amplía a los de juego la de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, pone de relieve las dificultades que puede presentar el control del cumplimiento de las previsiones que realiza.

La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios difícilmente se explicará por características propias de éstos y, con mayor probabilidad, habrá de justificarse en razón de las personas relacionadas con ellos, lo que, junto con las características de determinación que exige el precepto, podrá facilitar el control necesario.

Sin embargo, cuando se trate de la prohibición de acudir a determinados espectáculos deportivos o culturales o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego, la situación es diferente. Si el control del acceso a estos últimos es factible al existir una normativa administrativa aplicable, en los demás casos parece cuestionable la posibilidad de controlar el cumplimiento de la medida sin acudir a otra no prevista, como es la de imponer a la persona la obligación de permanecer en su domicilio o de acudir a determinados lugares, ya que obviamente no es viable intentar convertir a los responsables de los

espectáculos o lugares mencionados en obligados colaboradores de la autoridad judicial.

En atención a tales dificultades, los Sres. Fiscales, cuando resulte pertinente la imposición de alguna de las prohibiciones mencionadas, prestarán especial atención a las características de determinación que exige el art. 105.1,d) respecto de los lugares, territorios o espectáculos a los que se refiera la decisión judicial, e interesarán del juez o tribunal que acuerde lo necesario para que las fuerzas policiales controlen, con el alcance que resulte posible en función de las circunstancias concurrentes (entre las que se puede citar el tamaño de la localidad, la clase de espectáculo, el aforo del local, la existencia de sistemas técnicos de control de acceso o el conocimiento personal del obligado por parte de los agentes policiales), el cumplimiento de la medida impuesta y, respecto de los establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego, atendidas las circunstancias de cada caso, propondrán las actuaciones que puedan resultar eficaces para lograr el mayor control del cumplimiento de la medida acordada.

XVII. LA MODIFICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS: ARTS. 127 Y 129

XVII.-1. El comiso

La reforma ha modificado ampliamente el art. 127:

1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no

ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

3. El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

4. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.

Las modificaciones operadas por la L.O. 15/03 en el art. 127 han consistido básicamente en la ampliación de los objetos susceptibles de comiso mediante la adición de los bienes y los medios al concepto de instrumentos; la extensión de esta consecuencia a los objetos que hayan servido para preparar el delito o falta dolosos y a las ganancias provenientes de las faltas; la introducción del comiso de valor equivalente y del comiso en situaciones de exención o extinción de la responsabilidad criminal, en este último caso si se acreditase la situación patrimonial ilícita; y la modificación de las reglas sobre el destino de los bienes decomisados.

El texto actual del Código Penal sigue exigiendo la existencia de una relación entre el comiso y la infracción penal de la que es consecuencia accesoria. Hasta la entrada en vigor de la L.O. 15/03 tal relación era de accesoriedad máxima porque la ley condicionaba el comiso a la imposición de una pena, lo que exigía que la trasgresión de

referencia fuera un hecho típico, antijurídico, culpable y punible. En el momento presente, para acordar el comiso, la acción tiene que ser típica y antijurídica.

Las innovaciones experimentadas por el art. 127 hacen preciso que los Sres. Fiscales tengan presente en todo momento que dicho artículo y el siguiente, por su ubicación en el Libro I del CP, tienen carácter general y que, por ello, son también de aplicación a los supuestos de comiso previstos en la parte especial del Código (arts. 374, 385 y 431) y en las leyes especiales (art. 5 de la L.O. 12/95, de 12-12, de represión del contrabando), sin perjuicio de la aplicación preferente de estas normas por razón de especialidad si existiese contradicción entre unas y otras.

La naturaleza del comiso como consecuencia accesoria determina la plena vigencia del principio acusatorio en su regulación y su sometimiento al principio de contradicción, lo que hace imprescindible que su imposición sea solicitada expresamente por las partes acusadoras cuando resulte procedente.

Por tal motivo los Sres. Fiscales identificarán específicamente en sus escritos de calificación los objetos o cantidades cuyo comiso interesen e, igualmente, citarán concretamente las normas que resulten aplicables, debiendo sentar en el primer apartado de sus escritos de calificación o acusación las bases fácticas de su aplicación, adaptadas a las nuevas modalidades y supuestos introducidos tras la reforma.

Las nuevas modificaciones hacen preciso que los Sres. Fiscales velen por la plena vigencia del derecho de defensa de todas las personas que puedan resultar afectadas por la consecuencia accesoria de comiso, incluidas aquéllas que puedan resultar exentas de responsabilidad criminal o cuya responsabilidad pueda haber quedado extinguida. Por tal motivo los Sres. Fiscales cuando, durante la fase de instrucción del correspondiente procedimiento, deban interesar la adopción de la medida cautelar de depósito

de los efectos e instrumentos del delito, interesarán igualmente la notificación de la misma a los titulares de tales bienes, para que puedan intervenir en el procedimiento en defensa de sus intereses y, en su caso, puedan formular las alegaciones que resulten procedentes, como consecuencia de la aplicación analógica de los arts. 615 y ss. LECr.

El art. 127 disciplina el comiso de los efectos provenientes de delito o falta y de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado uno u otra, junto con el de las ganancias provenientes de ellos, a pesar de que es común el acuerdo de que se trata de dos figuras diferentes de comiso. Las siguientes observaciones serán agrupadas según el apartado del artículo al que hagan referencia, con independencia de la clase de comiso al que afecten.

XVII.-1.A. La reforma del art. 127.1

Carece de trascendencia práctica la adición de los conceptos de “bienes” y “medios” al de “instrumentos” en el art. 127.1. Sin perjuicio de que, como afirma la exposición de motivos de la L.O. 15/03, la finalidad de toda la reforma de la institución haya sido *evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes*, la nueva expresión no supone un cambio real.

El apartado 1 ha establecido expresamente el comiso de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito o falta dolosos. Esta modificación, no habiendo duda de que los delitos consumados daban lugar al comiso de los instrumentos con los que hubieran sido ejecutados, pone punto final al debate sobre la posibilidad de confiscar los instrumentos con los que se hubiera preparado la infracción.

La reforma plantea, no obstante, la necesidad de pronunciarse acerca del sentido lógico-natural o técnico-jurídico en el que el legislador ha empleado en el art. 127.1 el concepto de preparación, ya que la voluntad del legislador, manifestada en la citada exposición de motivos, de cerrar las menores vías de enriquecimiento a los responsables de delito, podría justificar el empleo del sentido vulgar de la expresión, más amplio que el concepto técnico.

Los dos primeros apartados del art. 127 anudan el comiso a la pena. El art. 127.3 también lo hace, aunque en sentido hipotético ya que la sanción habría sido impuesta de no haber sido apreciada la exención o la extinción de la responsabilidad criminal a la que posteriormente alude. Estas referencias a la pena obligan a considerar que el art. 127 emplea el concepto de preparación en sentido técnico-jurídico, abarcando las formas imperfectas de ejecución punibles, es decir, la tentativa de delito en todo caso y la de faltas contra las personas y contra la propiedad, y los actos de proposición, provocación o conspiración también cuando sean punibles.

Por lo expuesto, los Sres. Fiscales interesarán expresamente el comiso de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya realizado la preparación de los delitos o faltas dolosos, interpretando tal situación en el sentido manifestado en el párrafo anterior.

La reforma ha introducido en el art. 127.1 el comiso de las ganancias procedentes de la falta, antes ausente, por lo que los Sres. Fiscales interesarán en los juicios de faltas en los que intervengan y cuando resulte procedente el comiso por este nuevo concepto.

XVII.-1.B. El comiso de valor equivalente o de valor por sustitución: art. 127.2.

El nuevo apartado 2 del artículo ha supuesto la consagración legal del comiso del valor equivalente o del valor por sustitución.

Si impuesta una pena por delito o falta dolosos y, en su consecuencia, acordado accesoriamente el comiso, sea de efectos procedentes del delito, sea de bienes, medios o instrumentos con los que hubiese sido preparado o ejecutado, sea, en fin, de las ganancias de la infracción, resultase imposible llevarlo a efecto, pasa a ser procedente el de otros bienes pertenecientes a las personas criminalmente responsables del hecho, por valor equivalente al de los que no se pudieron decomisar y aunque les pertenezcan lícitamente.

No prevé el texto legal el mecanismo para el avalúo del valor de los bienes que no hayan podido ser decomisados.

La introducción del comiso de valor equivalente obligará a los Sres. Fiscales a asumir una postura activa cuando durante la tramitación de una causa aparezcan indicios que permitan sospechar que el comiso previsto en el art. 127.1 podría resultar ineficaz. Así, a título de ejemplo, cuando haya resultado infructuosa una medida cautelar acordada respecto de efectos o ganancias del delito, los Sres. Fiscales han de ser conscientes de que el transcurso del tiempo desde entonces hasta el momento de la sentencia dificultará las operaciones de avalúo necesarias para la realización del comiso de valor equivalente, por lo que desde que tengan conocimiento de la posibilidad de tener que recurrir a él, recabarán del órgano judicial la emisión de los informes periciales que puedan establecer con la mayor exactitud posible el valor de los bienes cuya confiscación no fue posible y la adopción de las medidas cautelares pertinentes para asegurar la eficacia futura de dicho comiso de valor equivalente y solicitarán en sus calificaciones la imposición del mismo para el caso de que no fuese posible el inicialmente interesado.

XVII.-1.C. El comiso en situación de exención o de extinción de la responsabilidad criminal: art. 127.3.

El art. 127.3 introduce el comiso en situación de exención o de extinción de la responsabilidad criminal al prever la efectividad de lo dispuesto en art. 127.1 y 2 cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, siempre que en este último caso quedase demostrada la situación patrimonial ilícita.

Esta posibilidad tiene que ser puesta en contacto con el cambio de naturaleza que el comiso sufrió con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, pasando de ser una pena accesoria a una consecuencia accesoria, que no requiere el cumplimiento de las exigencias derivadas de principio de culpabilidad.

En ciertos casos la apreciación de la concurrencia de una causa de extinción de la responsabilidad criminal puede tener lugar antes del inicio de las sesiones del juicio oral, lo que dará lugar a la finalización del procedimiento por resolución judicial que no revestirá la forma de sentencia sino la de auto. En tales supuestos los Sres. Fiscales deberán interesar del órgano judicial competente que acuerde en dicha resolución el comiso previsto en el art. 127.3, previo trámite contradictorio en el que las personas cuyos derechos o intereses puedan verse afectados por tal resolución tengan la posibilidad de defenderlos conforme a lo previsto en el art. 24 CE.

XVII.-1.D. Las reglas sobre el destino de los bienes decomisados: art. 127.4.

La reforma ha incluido en el apartado una excepción al inicial destino del producto de la venta de los bienes decomisados de lícito comercio. Tal salvedad

consiste en que tal producto se aplicará a cubrir las responsabilidades civiles del penado, excepto cuando la ley previniera otra cosa. Con esta excepción se establece la concordancia de las reglas generales del comiso contenidas en los arts. 127 y 128 con la previsión específica del destino de lo decomisado en supuestos de delitos contra la salud pública relacionados con el tráfico ilegal de drogas, caso en el que se produce la adjudicación al Estado.

XVII.-2. La reforma del art. 129

Dentro del art. 129.1 la reforma ha introducido la advertencia de que las previsiones de su párrafo inicial son realizadas sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 31 y, por tanto, sin afectar ni a la responsabilidad personal de quien actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica ni a la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica respecto de la pena de multa impuesta en la sentencia al autor del delito. La L.O. 15/03 también ha incluido como novedad en el mismo párrafo la audiencia al Fiscal junto con la de los titulares o representantes legales, como requisito previo a la imposición motivada de las consecuencias que contempla.

La exclusiva mención al Ministerio Fiscal entre las posibles partes acusadoras no puede llevar a sentar la conclusión de que quedan excluidas las demás posibles acusaciones no públicas, por lo que deberá oírse a todas las partes personadas. Los Sres. Fiscales, ante la ausencia de previsión expresa de la cuestión en las normas procesales, invocarán en sus informes la aplicación analógica de los arts. 615 y ss. LECr., como justificación de la concesión del trámite de audiencia al resto de las acusaciones personadas.

XVIII. LA REFORMA DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL: ARTS. 130 A 133

La reforma ha introducido en el art. 130 una nueva causa de extinción de la responsabilidad criminal, por la remisión definitiva de la pena, ha modificado el perdón, que habrá de ser otorgado antes de la sentencia y ha añadido la prescripción de la medida de seguridad a la de la pena:

La responsabilidad criminal se extingue:

1º Por la muerte del reo.

2º Por el cumplimiento de la condena.

3º Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el art. 85.2 de este Código.

4º Por el indulto.

5º Por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.

En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los jueces o tribunales, oído el ministerio fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz.

6º Por la prescripción del delito.

7º Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

XVIII.-1. La remisión de la pena

Las consideraciones pertinentes a la introducción de la nueva causa de extinción de la responsabilidad penal del art. 130,3º se contienen, junto con las relativas a la revocación de la remisión definitiva de la pena, en el apartado XIII.-5.B de esta Circular.

XVIII.-2. El perdón

Las modificaciones en la causa quinta del artículo, consistente en el perdón del ofendido cuando la ley prevea tal efecto, plantean la necesidad de efectuar ciertas consideraciones.

Según la redacción previa, el perdón debía ser otorgado tras la firmeza de la sentencia y antes de que diese comienzo su ejecución, a cuyos efectos la ley imponía que el juez o tribunal oyese al ofendido antes de ordenar la misma. El texto actual prevé que el perdón sea otorgado antes de que se haya dictado sentencia y que el juez o tribunal sentenciador deberá escuchar al ofendido antes de pronunciarla.

La eficacia del perdón se encuentra restringida a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 a 201), a los de calumnia e injuria (arts. 205 a 216), a los daños por imprudencia en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267) y a las faltas perseguibles a instancia de parte (arts. 620 y 621). En estos casos los arts. 201.3, 267, pfo. 3º y 639, pfo. 3º declaran que el perdón extingue la acción penal o la pena impuesta, mientras que el art. 215.3 afirma que por el perdón quedará exento de responsabilidad criminal el culpable de la infracción.

Esta regulación, en cierta medida, no concuerda con la actual redacción del art. 130, ya que, mientras éste menciona el órgano sentenciador y parece exigir la finalización del procedimiento y la apreciación de esta causa de extinción en la propia sentencia, los preceptos de la parte especial mencionados, salvo el art. 215.3, en el que

tampoco tiene porqué tenerse por excluida la extinción de la acción penal, atribuyen al perdón eficacia extintiva de la acción penal, por lo que, concedido antes de la iniciación del proceso, impediría su comienzo, y, expresado durante su tramitación, provocaría su fin por ausencia de acción penal.

Al mismo tiempo los artículos de la parte especial que acabamos de citar, excepto el art. 215.3, declaran que el perdón extingue la pena, lo que contrasta con la presente redacción del art. 130,5º, que exige que el perdón sea otorgado antes de que se haya dictado sentencia y, por ende, antes de que se haya impuesto la pena.

Es de observar que todos los preceptos de la parte especial que se refieren al perdón han quedado mal concordados al no haber sido modificadas sus redacciones, que siguen haciendo mención a la circunstancia 4ª del art. 130, pese a que el perdón ocupa ahora la siguiente.

Una interpretación conjunta de las normas citadas lleva a la conclusión de que el art. 130.5º no resulta contradictorio con los artículos de la parte especial mencionados cuando atribuyen al perdón eficacia extintiva de la acción penal, pero sí cuando declaran la posibilidad de liquidar la pena.

El art. 130.5º exige que el perdón sea otorgado antes de que la sentencia haya sido dictada, por lo que establece un momento final para su concesión, pero no impide que sea dado antes ni, tampoco, que sea apreciado por el órgano judicial instructor. Si no ha sido concedido en las fases del procedimiento previas al juicio oral, el juez o tribunal sentenciador tiene la obligación de oír al ofendido sobre el perdón antes de dictar la sentencia.

En consecuencia, los Sres. Fiscales no se opondrán al reconocimiento de la eficacia del perdón otorgado durante la tramitación de los correspondientes procedimientos, en los supuestos previstos y con los requisitos establecidos en la ley.

Por el contrario, la vigente redacción del art. 130.5, al establecer que, antes de dictar sentencia, el juez o tribunal debe oír preceptivamente al ofendido para que se pronuncie sobre la concesión del perdón, deja vacía de contenido la referencia a la posibilidad de extinción de la pena impuesta que contemplan los arts. 201.3, 267, pfo. 3º y 639, pfo. 3º.

Efectivamente, la obligación a la que nos acabamos de referir, unida a la exigencia de que el perdón deba concederse expresamente, determina que en la generalidad de los casos, de otorgarse dicho perdón, resulte innecesaria la referencia a la extinción de la pena, por no llegar a imponerse ninguna.

XVIII.- 3. La prescripción del delito

Dentro del art. 131 se ha producido la modificación del plazo de prescripción de algunos delitos, y la introducción de los delitos de lesa humanidad y de los cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado entre los excluidos de la prescripción:

1. Los delitos prescriben:

A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años.

A los 15, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años.

A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10.

A los cinco, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco.

A los tres años, los restantes delitos menos graves.

Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año.

2. Las faltas prescriben a los seis meses.

3. Cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

4. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.

XVIII.-3.A. La prescripción de los delitos graves castigados con penas distintas de la prisión y de la inhabilitación.

El art. 131.1 fija diferentes plazos para la prescripción de los delitos en atención a la pena que tengan señalada. Al relacionar su contenido con el de los arts. 13 y 33 se observa que la ley regula la prescripción de los delitos menos graves y la de los graves castigados con penas de prisión o de inhabilitación, descritas en el art. 33.2 a), b) y c), pero no la del resto de los delitos graves, castigados con otra clase de penas, las previstas en las letras d) a i) del mismo artículo y apartado.

Esta omisión tiene relevancia respecto del delito contra la seguridad del tráfico del art. 384, pfo. 2º, que es sancionado con penas de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis y hasta diez años.

Según los arts. 13.1 y 33.2, e), estamos ante un delito grave, al que en principio resultaría aplicable el art. 131.3, según el cual: *Cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.*

Sin embargo el art. 131.1 no comprende ninguna regla aplicable al supuesto.

La situación presenta dos posibilidades que son, de un lado, interpretar el concepto “inhabilitación” como comprensivo de todas las penas relacionadas en el art. 33.2, salvo la de prisión, y, de otro, considerar que, en este caso, resulta aplicable el plazo de tres años establecido en el art. 131.1 con carácter residual para la prescripción de los delitos menos graves.

Ninguna de las dos soluciones apuntadas se encuentra exenta de problemas. La primera implica la realización de una interpretación analógica en contra de reo, y la segunda no es sistemática, ya que aplica a un delito grave un plazo de prescripción previsto para algunos delitos menos graves.

Sin embargo, mientras que la primera interpretación es contraria al principio de legalidad del art. 25.1 CE, la segunda no implica la vulneración de ningún derecho fundamental, por lo que los Sres. Fiscales, en el supuesto mencionado en los párrafos anteriores, cuando les sea sometida la cuestión, considerarán aplicable al mencionado delito grave el plazo de prescripción previsto en el art. 131.1 con carácter residual para los restantes delitos menos graves.

XVIII.-3.B. La declaración de imprescriptibilidad.

La L.O. 15/03 ha declarado imprescriptibles los delitos de lesa humanidad y los cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, equiparándolos a los de genocidio.

Los delitos imprescriptibles son, en principio, los castigados en los arts. 607 (genocidio), 607 bis (lesa humanidad) y 608 a 614 bis (contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado), contenido, respectivamente, de los capítulos II, II bis y III del Título XXIV del Libro II del Código Penal. Este Título finaliza con un capítulo IV, cuya rúbrica es “Disposiciones comunes”, pero cuyo contenido resulta ser más amplio de lo que indica tal nombre, porque dentro de él el art. 615 bis contiene auténticos tipos penales, respecto de los que se plantea la duda de si se encuentran exentos de prescripción.

El hecho de que las conductas castigadas en el art. 615 bis hayan sido configuradas por el legislador mediante remisión a los delitos contenidos en los capítulos II, II bis y III del mismo Título justifica la consideración de que se trata de supuestos especialmente penados de participación omisiva en los mismos y hace necesario concluir que son igualmente imprescriptibles.

XVIII.-3.C. La prescripción de los delitos que exijan habitualidad.

El art. 132.1 fija el día desde el que se computarán los términos que el artículo precedente prevé para la prescripción de los delitos. Antes de la reforma su pfo. 1º contenía una regla general y dos especiales, éstas relativas al delito continuado y al delito permanente. La L.O. 15/03 ha añadido a dicho párrafo una disposición aplicable a las infracciones que exijan habitualidad, según la cual el tiempo de su prescripción se contará desde que cesó la conducta:

Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

XVIII.-4. La prescripción de las penas

En este apartado cabe destacar lo siguiente:

El art. 133, dedicado a la prescripción de las penas, también ha sido modificado por la L.O. 15/03, pero su primer apartado no presenta los mismos problemas que el art. 131 provoca respecto de la prescripción de los delitos graves sancionados con penas distintas de la prisión y de la inhabilitación, ya que contiene una cláusula residual que fija un plazo de diez años para la prescripción de las penas graves no contempladas expresamente.

Tras la reforma el plazo de prescripción de las penas de prisión de más de veinte años de duración ha sido elevado hasta los treinta años.

El art. 133.2 declara imprescriptibles las penas impuestas por los delitos de genocidio, los de lesa humanidad y los cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y reproduce las dudas que el art. 131.4 provoca frente al art. 615 bis. El evidente paralelismo de las dos situaciones obliga a considerar, por las razones expuestas *supra* que las penas impuestas por las conductas castigadas en este precepto son también imprescriptibles.

XIX. LA REFORMA DE LA CANCELACIÓN DE LOS ANTECEDENTES PENALES: ART. 136

La L.O. 15/03 ha modificado el cómputo de los plazos establecido en el apartado 136.3 cuando la extinción de la responsabilidad se hubiese obtenido mediante la remisión condicional: *Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.*

En consonancia con la modificación de los arts. 82 y 85, se establece un sistema para calcular el tiempo durante el que el condenado debió abstenerse de delinquir para obtener la cancelación de sus antecedentes penales. Así, una vez obtenida la remisión definitiva de la pena, se tomará como punto de partida el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión, se calculará desde el mismo el día en el que el condenado habría dejado extinguida la pena que se le impuso y a partir del siguiente empezarán a correr los plazos previstos en el número 2 del artículo.

Madrid, 31 de marzo de 2005

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES.