

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circulares

CIRCULAR 1/2004, SOBRE RÉGIMEN TRANSITORIO APLICABLE A LA REFORMA 15/2003

I. INTRODUCCIÓN

El sometimiento del Código Penal a un continuo proceso de reformas está llegando a mutar la esencia del Derecho Transitorio, generando un indeseable estado de *permanente transitoriedad*. Para hacer frente desde el principio de unidad de actuación que ha de vertebrar al Ministerio Fiscal al reto representado por la reforma 15/2003 es necesario adoptar pautas interpretativas ponderadas, precisas y concretas.

Debe en todo caso resaltarse que la Fiscalía General del Estado ya dispone de un importante bagaje doctrinal que puede ayudar a hacer frente a los problemas que vayan generándose. En este sentido cabe citar las Circulares 2/1983, 1/1996, 2/1996 y 1/2000, la Instrucción de 30 de agosto de 1928 y la 1/2000 y las Consultas 1/1942 y 6/1955 entre otras.

Además, la labor será más simple que las tareas comparativas que se efectuaron con motivo de la entrada en vigor del CP 1995, en el que existía un plus de complejidad al ser necesario tener en cuenta la problemática derivada de la institución de las reclusiones ordinarias y extraordinarias.

Ante la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la Fiscalía General del Estado optó por emitir dos Circulares distintas, una dedicada a abordar los problemas derivados de la revisión de sentencias (la 1/1996) y otra a los del tratamiento de hechos pendientes de enjuiciamiento (la 2/1996). El menor calado y complejidad de la reforma 15/2003, en tanto reforma parcial, así como la preexistencia de la doctrina emanada de las Circulares referidas hacen aconsejable ahora dedicar un único instrumento para abordar ambos aspectos.

Como coordenadas fundamentales para analizar los problemas de Derecho Transitorio debe partirse de que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable que ya aparecía en el art. 24 del Código Penal anterior se ratifica en el art. 2.2 del CP vigente. Igualmente nuestra Constitución en su art. 9.3, garantiza la irretroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales», principio que se repite en el art. 2.1 del Código Penal y en el art. 2.3 del Código Civil.

Aunque la Constitución no lo hace expresamente, interpretando *a contrario sensu* el art. 9.3 CE «puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable» (SSTC 8/1981, de 30 de marzo, 15/1981, de 7 de mayo).

Expresamente la Disposición Transitoria Primera de la LO 15/2003 establece que *se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.*

Antes de entrar en el análisis de las Disposiciones Transitorias de la Ley 15/2003, debe recordarse que la misma establece en su Disposición final quinta tres periodos distintos de «*vacatio legis*»:

1) Las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley Reguladora de Responsabilidad del Menor y la modificación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria (posibilidad de anotación de embargo preventivo o prohibición de disponer, acordada por un Juez Penal sobre bienes cuya titularidad registral se considera aparente), entraron en vigor el día siguiente de la publicación de la ley, es decir, el 27 de noviembre de 2003.

2) Las modificaciones relativas a los delitos de insolvencia punible (artículos 259, 260 y 261) entraron en vigor junto con la Ley Concursal, es decir, el día 1 de septiembre de 2004.

3) Las modificaciones sustantivas que afectan al Código Penal han entrado en vigor el día 1 de octubre de 2004.

Debe ante todo tenerse presente que las genéricas disposiciones transitorias del Código Penal de 1995 siguen vigentes en lo que no se opongan a las específicas de la LO 15/2003, por lo que la fragmentaria regulación del Derecho Transitorio contenida en la reforma 15/2003 habrá de integrar en ellas sus lagunas. La única Disposición Transitoria del CP de 1995 expresamente derogada es la Duodécima, que lo fue por la Disposición Final 5.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

II. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA REFORMA 15/2003

En primer lugar cabe reseñar que los preceptos introducidos por la reforma que pueden considerarse como más beneficiosos podrían clasificarse en los siguientes grupos.

II.1. Despenalizaciones

La reforma ha despenalizado la falta de conducción de vehículos de motor o ciclomotores sin seguro (art. 636). Por consiguiente, los Sres. Fiscales habrán de interesar el archivo de los juicios de faltas en tramitación, solicitando simultáneamente la remisión de testimonio a la Autoridad administrativa para, que en su caso incoe el correspondiente expediente administrativo sancionador.

Idéntico tratamiento habrá de darse a las condenas penales pendientes de ejecución, salvo que el penado satisfaga la multa voluntariamente antes de acordarse el archivo y la correspondiente deducción de testimonio.

También se despenalizan determinadas conductas como consecuencia de la elevación de las cuantías mínimas típicas en los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social (arts. 305 y 307), fraude de subvenciones (art. 308), daños imprudentes (art. 267), falsedades contables (art. 310) y uso de información privilegiada (art. 285).

El tratamiento habrá de ser idéntico: las causas en tramitación que versen sobre cuantías que no alcancen el mínimo típico habrán de ser archivadas y cuando los hechos despenalizados puedan ser constitutivos de infracciones administrativas, los

Sres. Fiscales habrán de instar la remisión del correspondiente testimonio a la autoridad administrativa a los efectos procedentes, simultáneamente a la solicitud de archivo del procedimiento.

Tratamiento análogo habrá de dispensarse en estos casos a las sentencias condenatorias firmes pendientes de ejecución, siempre que se constate efectivamente que la cuantía determinante de la tipificación conforme a la legislación derogada no alcanza el límite cuantitativo fijado en cada caso por la reforma operada por LO 15/2003.

II.2. Elevación de cuantías delimitadoras de la tipificación como delito o falta

Se han elevado las cuantías mínimas en relación con las figuras típicas de daños, hurtos, hurtos de uso, defraudaciones de energías o fluidos, estafas, apropiaciones indebidas, sustracciones de uso de vehículos de motor, usurpaciones, así como en la expedición de moneda falsa recibida de buena fe. En todos estos casos, la cuantía de 50.000 pts, equivalente a 300,51 euros conforme a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 5/2001, de 13 de diciembre, *sobre los efectos de la introducción del euro en el ámbito penal*, pasa a sustituirse por la cuantía de 400 euros.

Por tanto, se transforman en falta las conductas de referencia cuando su cuantía excedía de 300,51 euros sin sobrepasar los 400.

II.3. Elevaciones de cuantías delimitadoras de tipos básicos y subtipos atenuados

En este caso se encuentra el tipo de malversación privilegiada prevista en el artículo 432.3 que fija la cuantía delimitadora en 4.000 euros frente a las 500.000 pesetas anteriores a la reforma.

II.4. Delitos a los que se asigna una penalidad inferior tras la reforma 15/2003

El límite inferior de la pena de prisión pasa de seis a tres meses en los siguientes supuestos:

1) Delitos de participación en riña tumultuaria (art. 154). En este tipo también se modifica la extensión de la pena de multa alternativa, que de dos a doce meses pasa a castigarse con pena de seis a 24 meses.

2) Amenazas con mal no constitutivo de delito (art. 171.1). De tener asignada una pena de prisión de seis meses a dos años pasa a castigarse con pena de prisión de tres meses a un año. También en este tipo penal se reduce el límite inferior de la multa alternativa.

3) Delitos de quebrantamiento de deberes de custodia, subtipo atenuado (art. 225). En este subtipo se incrementan no obstante el límite inferior y superior de la multa alternativa.

El límite inferior de la pena de prisión pasa de seis meses a cuatro meses en:

- 1) Delitos contra la flora y la fauna (arts. 332, 333, 334, 336).
- 2) Amenazas del apartado 2.º del art. 171.2.

Por último, en los subtipos agravados de delito contra la propiedad industrial, el límite mínimo de la pena se reduce de dos a un año (art. 276) si bien el límite mínimo de la multa, a imponer conjuntamente, se incrementa.

La falta de lesiones imprudentes del art. 621.3 ve reducido el mínimo de la multa de quince a diez días.

II.5. Introducción de penas alternativas

Se introduce pena de multa como alternativa a la pena privativa de libertad en los delitos de abandono de familia e impago de pensiones (arts. 226 y 227), en el delito de aborto cometido por imprudencia (art. 146) y en el delito de lesiones imprudentes causadas al feto (art. 158).

Se introduce pena de trabajos en beneficio de la comunidad como alternativa a la pena de multa en el delito de sustracción de vehículo de motor (art. 244).

El tipo delictivo de expendición de moneda falsa recibida de buena fe por importe superior a 400 euros (art. 386.3) sustituye la pena conjunta de arresto de fin de semana y multa por una pena alternativa de prisión de tres a seis meses o multa.

En la falta de deslucimiento de bienes inmuebles (art. 626) a la pena privativa de libertad (ahora de localización permanente) se incorpora como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad.

II.6. Reducción de topes máximos imponibles

En los tipos básicos de estafa y de apropiación indebida (art. 249 y 252) el límite máximo de la pena se reduce a tres años de privación de libertad.

Además de la procedencia de revisar penas impuestas por el tipo básico de mas de tres años, esta reducción arrastra como consecuencia la del plazo de prescripción, que pasa de cinco a tres años (art. 131), lo que habrá de dar lugar en su caso a la aplicación del nuevo régimen en cuanto traiga consigo esa consecuencia mas favorable.

II.7. Exigencia de requisitos reforzados en la tipificación penal

Se introduce el requisito de grave perjuicio para el medio ambiente en el art. 332, que tipifica los delitos relativos a la protección de la flora, por lo que su ausencia transmuta la conducta en la falta prevista y penada en el art. 632.1.

II.8. El nuevo régimen de la suspensión de condena para los toxicómanos

El nuevo art. 87 dispone que *aun cuando no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el artículo 81, el juez o tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

Se instaura por consiguiente un nuevo régimen, potencialmente mucho más beneficioso que el anterior.

Para las causas aún no enjuiciadas para las que eventualmente pueda ser de aplicación esta suspensión privilegiada cabrá aplicar la nueva legislación aunque desde el

punto de vista de la pena a imponer no sea mas beneficiosa, si con el anterior régimen no era posible la suspensión.

Las sentencias firmes dictadas en estos casos, cuando hubiese sido impuesta pena que impedía la suspensión, podrán ser revisadas aun cuando por razón exclusiva de la pena impuesta no procediera, si esta revisión puede dar lugar a la aplicación de la suspensión privilegiada. En este sentido cabe citar el AAP Valencia, sec. 5.ª, de 4 de noviembre de 1998 que estableció que «por tanto, aun cuando si tan sólo se tiene en cuenta la pena privativa de libertad impuesta al reo por el delito objeto de condena, no puede tenerse por más favorable al mismo el nuevo Código Penal, el estudio global de la normativa de éste en su conjunto desmiente tal impresión primera, y obliga a concluir en que su aplicación retroactiva sí le resulta más favorable, puesto que le permite solicitar la concesión de determinados beneficios a los que no tiene acceso según el anterior Código que en concreto le fue aplicado, por lo que, en aras a respetar tal voluntad del legislador, deber optarse, en suma, por razones de justicia material, por proceder a la revisión interesada».

En este punto y en general para la institución de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad cabe mantener, como ya lo hizo la Circular 1/1996 que si se revisa una sentencia y si la nueva pena impuesta lo permite y la anterior no lo consentía por su duración, nada impide que puedan ser aplicados los beneficios de la suspensión de la ejecución (arts. 80 y siguientes).

II.9. Supuestos en los que resulta dudoso determinar la norma más favorable

Tanto si nos enfrentamos a un supuesto de revisión de sentencia ya firme, como a un supuesto de elección de la norma más favorable para el enjuiciamiento de un hecho delictivo, la opinión del reo o del acusado, respectivamente habrá de ser determinante cuando el Juez mantenga dudas sobre lo más favorable. Por el contrario cuando la benevolencia de la Ley penal sea algo objetivo –lo que ocurrirá la mayor parte de las veces en las que si las penas afectan al mismo bien jurídico el criterio determinante será el de la extensión cuantitativa y si afectan a diferentes bienes jurídicos lo será el del rango de cada uno de ellos– no tiene el Juez o Tribunal que seguir necesariamente los dictados del penado.

En efecto, pueden detectarse supuestos en los que no cabe dar normas generales apriorísticas, pues ha de estarse a las concretas circunstancias concurrentes para poder alcanzar una conclusión sobre la norma más favorable, especialmente cuando se trata no ya de revisar sentencias sino de decidir la norma aplicable a un proceso vivo. En estos casos habrá de prestarse especial atención al resultado de la audiencia al reo.

Así, el delito de sustracción de vehículos de motor tipificado en el art. 244 CP estaba castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de tres a ocho meses si lo restituyere, directa o indirectamente, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas. Con la nueva regulación pasa a estar castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días o multa de seis a doce meses. En principio puede considerarse que la nueva regulación, en tanto no prevé pena privativa de libertad, es más beneficiosa. Sin embargo la pena de multa se ve incrementada y su impago puede dar lugar a una responsabilidad personal subsidiaria no inferior a noventa días a cumplir en establecimiento penitenciario (art. 53).

Del mismo modo, el delito agravado de omisión del deber de socorro tipificado en el art. 195.3 es reformado de forma que si anteriormente la pena correspondiente al ilícito *si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio* era de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, y *si el*

accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, ahora corresponde pena de prisión de seis a dieciocho meses, en el primer caso y de prisión de seis meses a cuatro años en el segundo. Por tanto se incrementa el máximo de la pena privativa de libertad pero el nuevo texto no contempla la pena de multa. Por ello, aunque en general la nueva normativa es más perjudicial, en supuestos concretos pudiera ser más beneficiosa, por lo que no puede descartarse a priori enjuiciar hechos anteriores a la entrada en vigor conforme al nuevo texto.

El delito tipificado en el art. 389.2.º referido al adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyera o utilizara en cantidad superior a cincuenta mil pesetas estaba castigado con pena de arresto de ocho a doce fines de semana, y, si únicamente los utilizara, por la misma cantidad, con la pena de multa de tres a doce meses. Tras la reforma se dispone que el adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyera o utilizara en cantidad superior a 400 euros será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses. Al margen de los efectos de los nuevos límites cuantitativos, la nueva regulación puede en determinados supuestos considerarse más beneficiosa al posibilitar una pena no privativa de libertad.

El artículo 463 que castiga las incomparencias a juicio sin justa causa también puede eventualmente ser más beneficioso, dependiendo de las circunstancias concurrentes, pues aunque se incrementan las penas privativas de libertad, se introduce la posibilidad alternativa de pena de multa en algunos supuestos.

Finalmente, en el libro II del CP nos encontramos con determinados tipos delictivos (arts. 226, 227, 244, 289, 379, 463, y 514.4) en que la pena de arresto de fin de semana se ha visto sustituida por pena de prisión (con la alternativa de multa) o por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (con idéntica alternativa). Al deber tenerse en consideración las normas completas de uno y otro Código, (y por tanto las normas relativas a sustitución de penas recogidas en el artículo 88), los Sres. Fiscales valorarán en concreto, de forma individual, el precepto más favorable, atendida la capacidad económica del acusado, sin perjuicio de valorar, en su caso, la conveniencia o no de solicitar una pena privativa de libertad.

II.10. Modificaciones en los requisitos de procedibilidad

Este punto no ha de plantear problemas pues a diferencia de lo que aconteció en el tránsito del CP de 1973 al CP de 1995, tras la reforma 15/2003, las modificaciones legislativas suponen que en determinados delitos para los que antes era necesaria denuncia (injurias y calumnias contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, art. 215.1 y delitos contra la propiedad intelectual e industrial, art. 287) ahora son perseguibles de oficio, por lo que no existirán supuestos de causas abiertas sin colmar requisitos nuevos de procedibilidad.

Sí habrá de tenerse presente que la flexibilización de la persecución, sin embargo, no puede entenderse aplicable a hechos anteriores, como ya mantuvo en su día la Circular 2/1996, sin perjuicio de que en tales supuestos si se hubiere iniciado una causa antes del 1 de octubre sin contar con la preceptiva denuncia, se haga ofrecimiento de acciones a los potenciales perjudicados, antes de adoptar cualquier resolución.

III. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

No plantean problemas de transitoriedad y por tanto no son objeto de análisis los procedimientos relativos a hechos que se hayan cometido con posterioridad al día 1 de octubre de 2004 y aquellos que, cometidos con anterioridad, ya hayan sido sentenciados y ejecutados en su totalidad.

Como ya se adelantó *supra*, las Circulares 1/1996 y 2/1996, que fijaron pautas de interpretación y actuación respecto de los problemas que la entrada en vigor de la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal suscitó en su momento van a seguir teniendo una sustancial vigencia, pues el Derecho Transitorio de la LO 15/2003 sigue en esencia la filosofía inspiradora de las disposiciones de la LO 10/1995.

III.1. Sentencias firmes no revisables

En principio son susceptibles de revisión todas las sentencias firmes cuyo cumplimiento se encuentra pendiente o en trámite de ejecución.

A ello se refiere expresamente la Disposición Transitoria 2.ª de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, al indicar que *los jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial.*

Sin embargo, no procederá la revisión en todas aquellas sentencias que ya la propia norma transitoria excluye de esa posibilidad, conforme a sus Disposiciones Transitorias segunda y tercera.

Cabe distinguir los siguientes supuestos de no revisabilidad:

1) *En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia.* (Disposición Transitoria 2.ª).

Esta disposición no hace sino reproducir literalmente el contenido de lo dispuesto en el párrafo 2.º de la Disposición Transitoria 5.ª de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, –salvo meras cláusulas de estilo, para adaptar la nomenclatura al hecho de que se trata de una reforma parcial y no de un cambio de Código– por lo que la jurisprudencia que interpretó esta norma habrá de considerarse plenamente operativa.

En este sentido habrá de tenerse en cuenta que en definitiva *«la retroactividad de la ley más favorable no da lugar a una pretensión de nueva individualización de la pena [...]». Por tanto, la comparación de leyes prevista de forma general en el art. 2.2 del Código vigente y con carácter específico en las disposiciones transitorias de la ley orgánica 10/95 no requiere una nueva individualización de la pena que correspondería de acuerdo con el Código penal vigente, sino tan sólo la comprobación de si la pena impuesta en su día, acorde con la gravedad de la culpabilidad antes de la entrada en vigor del nuevo Código, podría ser impuesta conforme a los preceptos de éste. Únicamente en el caso de que la pena impuesta en sentencia firme fuese superior al límite máximo del marco previsto en el nuevo Código, se consideraría éste último ley más favorable»* (SSTS 115/1998, de 5 de febrero, 927/1997, de 23 de junio, y 286/1997, de 8 de marzo, entre otras).

Igualmente se mantiene por el TS que *la ponderación de la pena más favorable en la revisión de sentencias firmes ha de prescindir de elementos de individualización vinculados al «ejercicio del arbitrio judicial».* En ese sentido, se pretende establecer, en la fijación del término de comparación correspondiente a la pena aplicable de acuerdo con el nuevo Código penal, un marco con un límite máximo y un límite mínimo. Para que esta pena pueda ser considerada más favorable que la impuesta en la sentencia firme, es necesario que ésta última sea superior al límite máximo de aquel marco penal... únicamente si la pena aplicada en sentencia firme es superior a este marco legal, puede afirmarse que la pena del nuevo Código es más beneficioso, ya que de acuerdo con sus disposiciones no se hubiese podido imponer aquélla. (SSTS 505/1997, de 14 de abril, y 398/1997, de 24 de marzo).

Entenderán por tanto los Sres. Fiscales que cuando la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia firme se encuentre incluida en el período de duración previsto para pena de la misma naturaleza en la regulación actual, no procede revisión alguna, con independencia de que en abstracto se hayan modificado los límites mínimo y máximo de la sanción correspondiente al tipo penal de que se trate.

Esta disposición introduce un tratamiento radicalmente diferente en la aplicación del principio de retroactividad de la norma más favorable dependiendo si existe pena impuesta por sentencia o si por el contrario la causa seguida por hechos anteriores a la entrada en vigor de la nueva ley aún no ha sido sentenciada. En este segundo supuesto sí podrá darse operatividad a los casos en los que manteniéndose tramos de penalidad imposables en ambas legislaciones, el límite inferior se reduce en la nueva.

Se exceptiona la regla de la no revisibilidad en los supuestos en los que tras la reforma se introduzca una previsión alternativa de pena no privativa de libertad. Este inciso deberá ser interpretado por los Sres. Fiscales en el sentido de que será obligatorio iniciar el proceso de revisión y por tanto, será también obligatorio plantearse si procede modificar la sentencia para imponer la pena alternativa no privativa de libertad. Pero cumplidas estas obligaciones podrá el Juzgador, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, optar por revisar o no revisar. No será pues obligatorio sustituir la pena inicialmente impuesta por la nueva pena de multa no prevista como alternativa en su momento, sino que dicha decisión únicamente debe adoptarse cuando tras el examen de la causa así se estime oportuno.

Esto sucederá en los delitos de abandono de familia e impago de pensiones, previstos en los artículos 226 y 227 respectivamente, por lo que deben incluirse como supuestos en que procede abrir el procedimiento de revisión de la sentencia dictada, sin perjuicio de cuál sea la decisión que en uno y otro supuesto se adopte, que por tanto no necesariamente pasa por imponer la nueva pena de multa.

Distinto es el supuesto en que existiendo tanto en la norma anterior como en la reformada la posibilidad de pena alternativa (privativa de libertad o multa), fue impuesta la pena privativa de libertad. En estos casos habrá de seguirse la interpretación de la Circular 1/96, que estableció que *hay que entender que si en la norma anterior reformada también existía la misma penalidad alternativa, no entrará en juego esa previsión, en la medida en que ya el juzgador tuvo la posibilidad, al dictar sentencia de optar por la pena no privativa de libertad, y, sin embargo, la descartó.*

En relación con esta Disposición Transitoria segunda, la revisibilidad de las sentencias que impusieron penas de arresto de fines de semana imponible en la misma extensión pero en régimen de localización permanente presenta unas peculiaridades que exige su tratamiento en capítulo aparte.

2) *No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida. Igual regla se aplicará si el*

penado se encuentra en período de libertad condicional (Disposición Transitoria 2.ª, párrafo 3.º).

Habrán también que entender comprendidos como casos en los que no procede la revisión el supuesto de suspensión por resolución del Tribunal Constitucional al conocer del recurso de amparo interpuesto (art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y la tramitación de un indulto conforme al art. 4.4 del Código Penal.

En todo caso, en los supuestos de despenalización habrá de procederse a la revisión aunque la pena esté suspendida.

3) *Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda, exclusivamente, pena de multa (DT 2.ª párrafo último).*

4) *No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el juez o tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día, conforme a esta Ley. (DT 3.ª).*

En este supuesto deben entenderse incluidas aquellas sentencias condenatorias que se hayan ejecutado totalmente, aunque los hechos hubiesen sido despenalizados –o degradados a falta– en función de la norma reformada.

En este punto hemos de plantearnos qué tratamiento dar a los supuestos en los que estando pendientes de ejecución los pronunciamientos civiles, los hechos quedan despenalizados. Los Sres Fiscales mantendrán *pro victima, pro damnato* la interpretación conforme a la cual la sentencia no es revisable y continuará la ejecución de esos aspectos civiles (vid. STS de 6 de febrero de 1982). Esta interpretación, en beneficio de los perjudicados también inspiró la reforma del CP operada por LO 3/1989 y la práctica de nuestros tribunales respecto de las ejecutorias tramitadas en relación con hechos cometidos por menores de dieciocho años y mayores de dieciséis tras la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores [vid. AAP Madrid (Sección 15.ª) de 26 de marzo de 2001].

En este mismo sentido, la Circular 1/1996 mantuvo el criterio de que los eventuales pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil debían ser ejecutados en todo caso sin que quedaran afectados por la despenalización.

En estos casos de sentencias ya ejecutadas, pese a no ser objeto de revisión expresa, habrá de tenerse en cuenta el cambio legislativo operado a los efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia. El Tribunal Supremo ya había extendido la retroactividad al efecto ulterior de las sentencias ya firmes y ejecutadas en orden a los antecedentes penales (SSTS 11 de diciembre de 1951 y 24 de noviembre de 1965).

Por tanto, las condenas por hechos despenalizados o que hayan sido convertidos en faltas en la nueva legislación penal, aunque no hayan sido revisadas, no podrán servir de base para la apreciación de la reincidencia (disposición transitoria 6.ª). Por eso en algunas ocasiones no bastará con el examen de la hoja histórico penal, sino que será necesario recabar testimonio de la sentencia anterior.

Tratándose de cambio de naturaleza del hecho delictivo que pasa de delito a falta por modificación de la cuantía dineraria del módulo diferenciador, tras la reforma de 8 de abril de 1967 se adoptó el criterio de que una modificación fundada solo en la pérdida de valor adquisitivo de la moneda no podía ser tenida en cuenta para dejar de estimar los antecedentes penales. Este criterio, que se repitió en otras reformas posteriores del CP (1967, 1974 y 1978), fue además acogido por el TS (SSTS 11 noviem-

bre 1976 y 14 de febrero de 1978), y mantenido tras la reforma 8/1983, de 25 de junio (SSTS 22 de junio de 1984 y 7 de febrero de 1986).

Esta línea interpretativa no debe, sin embargo, ser de aplicación a las modificaciones que en la cuantía diferenciadora de delitos y faltas introduce la reforma 15/2003, ni a las modificaciones introducidas en las cuantías mínimas de los delitos reseñados *supra*, pues incluso aunque se estimara que los cambios cuantitativos no van mas allá de la mera adaptación a la evolución del IPC, la falta de una disposición legal expresa que otorgue cobertura a la interpretación señalada ha de llevar a la mas favorable al reo.

Por tanto, ha de seguirse en este punto la argumentación de la Circular 2/1996 que sostenía –en razonamiento plenamente aplicable a la reforma 15/2003– que al no existir apoyo en las disposiciones transitorias para la tesis de la irrelevancia de la modificación de cuantías, debía mantenerse para los casos analizados la interpretación de que tales sentencias no podían tenerse en cuenta para la apreciación de reincidencia.

Por tanto, en estos supuestos los Sres. Fiscales habrán de interesar, en su caso, que por el Juzgado o Tribunal se oficie al Registro de Penados para que quede sin efecto la anotación de condena. Como quiera que habrá ejecutorias archivadas definitivamente respecto de las que no sea factible su reapertura a fin de dejar sin efecto las notas de condena, cuando en el curso de un procedimiento en tramitación los Sres. Fiscales en el trance de analizar la hoja histórico-penal vislumbren la posibilidad de que un antecedente en principio aplicable pueda ser anulable en base a la reforma 15/2003, interesarán del Juzgado la unión a la causa de testimonio de la sentencia de referencia a fin de analizar si efectivamente es o no computable la condena a efectos de antecedentes penales.

Los Sres. Fiscales no se opondrán a que a instancias del penado, aunque la ejecución esté agotada, pueda solicitarse del Juzgado o Tribunal sentenciador que se oficie al Registro de Penados y Rebeldes para que se deje sin efecto la anotación de condena, pues ha de tenerse presente que los antecedentes penales irradian efectos (siempre negativos para el afectado) en otros ámbitos extrapenales (asi, por ejemplo, legislación sobre seguridad privada, Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, Ley de Contratos del Estado, Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza, Reglamento de Armas, etc).

También estas sentencias no revisables generarán, no obstante, efectos a los fines de evaluar si concurren los presupuestos para la suspensión de la ejecución de la pena. Las condenas anteriores ya ejecutadas pero referidas a hechos que ya no alcanzan el *quantum* típico o que no superan el *quantum* delimitador entre delito y falta no impedirán la posible concesión de los beneficios referidos. Por tanto si la condena anterior no revisada se refiere a hechos que con arreglo a la nueva legislación quedan despenalizados o convertidos en falta, se deberá entender cumplido el requisito de ser delincente primario (en el mismo sentido Instrucción de 30 de agosto de 1928 de la Fiscalía del Tribunal Supremo y Circular 2/1996).

5) *En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta ley».*(D.T. 3.ª 2).

III.2. Determinación del momento de comisión del delito

La Disposición Transitoria Primera de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, establece en su apartado 1.º que *los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada*

en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

Por su parte, el artículo 7 del CP establece que *a los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar.*

Como ya advertía la Circular 2/1996, el precepto deja sin resolver algunos supuestos que pueden plantear dudas en relación con la determinación de la ley penal aplicable, como son los delitos continuados, permanentes, habituales y de tracto sucesivo, en los que una parte de las acciones se hayan ejecutado antes del día 1 de octubre y otros después de esa fecha. Los criterios contenidos en la Circular 2/1996 deben considerarse *mutatis mutandis* aplicables, por lo que basta aquí hacer una remisión a los mismos.

El delito de impago de pensiones del artículo 227 del Código Penal en su nueva regulación resulta castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses, mientras que en su anterior redacción tenía asignada una pena única de arresto de ocho a veinte fines de semana. El nuevo tipo será de necesaria aplicación cuando existan dos impagos consecutivos o los cuatro discontinuos cometidos a partir del día 1 de octubre. En otro caso, si para que los hechos tengan relevancia penal han de tenerse en cuenta incumplimientos anteriores y posteriores al 1 de octubre, habrá de partirse de la imposibilidad de aplicar la pena de prisión de tres meses a un año, por ser claramente una aplicación (parcialmente) retroactiva contra reo y, siendo dudosa qué pena ha de entenderse mas grave, deberá darse audiencia al reo antes de decidir si se impone la antigua pena de arresto de fines de semana o la nueva de multa.

III.3. Determinación de la norma penal más favorable

Conforme a la Disposición Transitoria Primera apartado 2.º *para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta Ley.*

Idéntico contenido tenía la Disposición Transitoria Segunda, inciso primero del CP de 1995, con una única modificación terminológica impuesta por la entidad del cambio legislativo sobre el que operaba (*con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código, rezaba*).

Como resulta de la Disposición Transitoria Primera apartado 1.º de la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, y del artículo 2 del CP, la aplicación retroactiva de la nueva norma, si es más favorable al reo, es procedente en relación con los hechos cometidos con anterioridad al día 1 de octubre de 2004 que se encuentren pendientes de enjuiciamiento, así como respecto de aquellos ya sentenciados, si dicha declaración no ha adquirido firmeza o si aun firme no ha sido ejecutada íntegramente, en el sentido anteriormente expuesto

La determinación de la ley más favorable exige, en los tres supuestos planteados, llevar a cabo una comparación entre ambas normas para decidir cual es la más favorable.

Cuando el apartado 2.º exige que la determinación de la ley más favorable se haga comparando el resultado de la «*aplicación de las normas completas del Código*

actual y de la reforma contenida en esta Ley», está siguiendo el criterio doctrinal y jurisprudencial recogido en múltiples sentencias, en el sentido de que la elección ha de hacerse de manera global, en bloque, en su totalidad, sin que sea admisible ni asumible como más beneficiosa la aplicación «troceada», tomando de cada bloque lo que favorezca y rechazando lo que perjudique, sin que quepa construir una «tercera norma más favorable», pues el Tribunal estaría desempeñando funciones legislativas que no le corresponden, axioma que se recogía en la Circular de la FGE 2/1983.

También la doctrina constitucional ha asumido estos principios y así la STC 131/1986, de 29 de octubre, establece que *el principio de retroactividad de la ley penal más favorable... supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva [...] No es aceptable, por tanto, y así lo ha dicho este Tribunal en el A 369/1984, de 24 de junio, utilizar el referido principio para elegir, de las dos leyes concurrentes, las disposiciones parcialmente más ventajosas, pues en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes en uso correcto de la potestad jurisdiccional que le atribuye el art. 117.3 CE, sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de funciones legislativas que no le competen.*

En este punto debe tenerse presente que en relación con el supuesto de una sentencia que condena a diversos delitos por hechos distintos se ha acuñado una jurisprudencia pacífica en el sentido de poder tratarlos autónomamente, esto es, no considerar obligado aplicar a todos los hechos la misma legislación. En este sentido, la STS 890/1996, de 22 de noviembre, declara que *el art. 2.2 CP de 1995 consagra el principio de la retroactividad de las leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviere cumpliendo condena. La disp. trans. 2.ª CP de 1995 dispone razonablemente que para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código, pero dicha norma no autoriza a mezclar hechos distintos, objeto de condena por delitos independientes. Tal criterio contiene una aplicación analógica in malam partem de la norma penal, contraria al principio de legalidad, pues implica ampliar la citada disposición transitoria –aplicación de las normas completas de uno u otro código al hecho enjuiciado– a supuestos distintos, no contemplados en ella, como son aquellos casos en que diversos hechos delictivos hayan sido objeto de condena por tipos autónomos en una misma sentencia. (En el mismo sentido SSTS 664/1997, de 7 de mayo, y 506/1997, de 14 de abril).*

III.4. Examen de algunos supuestos en concreto

III.4.1. LA SUPRESIÓN DE LA PENA DE ARRESTO DE FINES DE SEMANA

En primer lugar ha de partirse de que la supresión de los arrestos de fin de semana del catálogo de penas en modo alguno puede interpretarse como generador de su automática e inmediata inaplicabilidad con la consiguiente imperatividad de su sustitución por otra pena tras el 1 de octubre de 2004.

Antes al contrario, habrá de seguirse interesando su ejecución cuando esta pena hubiera sido impuesta por sentencia firme en los supuestos en los que las sentencias

no sean revisables por no ser más beneficiosa la pena prevista en la norma posterior para el mismo tipo penal.

También habrá de seguirse postulando el arresto de fines de semana como pena a aplicar en procedimientos aún no culminados por sentencia cuando la misma sea más beneficiosa que la penalidad prevista para el tipo penal aplicable tras la entrada en vigor de la reforma 15/2003.

A efectos de comparaciones ha de recordarse que la Disposición Adicional Octava de la Ley 10/1995 establece que el arresto de fin de semana equivale a dos días de privación de libertad.

Cuando proceda mantener o interesar la pena de arresto de fines de semana, habrá de estarse en cuanto a su ejecución a las disposiciones del Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, *por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana*.

También habrá de tenerse presente que el que no se contemple una forma de cumplimiento específico de una pena concreta no significa ni que haya desaparecido la pena como tal, ni por ello que su quebrantamiento sea impune (SAP Sevilla 49/1998, de 10 de enero).

En todo caso debe partirse de la clara voluntad de la Ley reformadora de extinguir la pena de arrestos de fines de semana, por lo que cuando tras las actuaciones revisorias se imponga una pena de esta naturaleza, por estimarse más favorable, los Sres. Fiscales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 88.2 CP en su redacción anterior a la reforma, interesarán la sustitución por pena de multa o de pena de trabajo en beneficio de la comunidad siempre que sea legalmente posible.

III.4.2. LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

Una de las modificaciones penológicas de mayor calado en el Libro III del Código Penal, es la de la sustitución de la pena de arresto de fin de semana por la pena de localización permanente, incorporándola al catálogo de penas del artículo 33 CP con naturaleza de pena leve, como pena principal o como responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa.

La Disposición Transitoria 4.ª establece que *en los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de esta ley fuera la de localización permanente, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que cada día de localización permanente equivale a un día de prisión*.

En principio ese criterio de equivalencia debe abarcar a todas las penas privativas de libertad, y por tanto también a la pena de arresto de fin de semana, desaparecida ya del catálogo de penas. Por ello, una aplicación estricta de dicha regla conjuntamente con la contenida en la Disposición transitoria segunda, conforme a la que *«no se considerará más favorable esta ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias, sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código»* podría llevar a la conclusión de que no son revisables las sentencias firmes por falta en las que se impone pena de arresto de fin de semana, si su extensión no supera la de localización permanente prevista en el tipo.

No obstante debe considerarse –en igualdad de extensión temporal– que la localización permanente resulta más favorable que la pena de arresto de fin de semana, pues esta nueva pena presenta la peculiaridad –sin duda más beneficiosa desde el punto de vista del ejecutoriado– de que el lugar de cumplimiento en la mayoría de los casos se reservará al domicilio del penado y en ningún caso podrá ejecutarse en Centro Penitenciario, a diferencia de la pena de arresto de fines de semana que según el

artículo 37 en su redacción anterior a la reforma debía llevarse a efecto en dichos centros o en depósitos municipales.

Por ello habrá de entenderse que serán revisables todas las condenas por falta de arresto de fin de semana que no estén ejecutadas, pudiendo sustituirse por la nueva pena de localización permanente.

Esta interpretación se estima la más correcta. En primer lugar por ser la más favorable al reo, habida cuenta de los efectos beneficiosos derivados del cumplimiento de la privación de libertad en el propio domicilio, pues es sin duda menos perturbadora para la integración familiar y laboral del penado. Partiendo de la premisa de que es más favorable la Ley que resulta más benévola, es claro que es más favorable no solo la Ley que prevé una consecuencia jurídica menos limitadora de los derechos fundamentales sino también la Ley que prevé una modalidad de ejecución menos gravosa para el ejecutoriado.

En segundo lugar, porque vedar la revisión en estos supuestos supone no respetar la *voluntas legis*, explicitada en la Exposición de Motivos, claramente orientada a la progresiva liquidación de la pena de arresto de fines de semana, entre otros motivos por las dificultades generadas en su ejecución.

III.4.3. NUEVAS FACULTADES OPCIONALES DE REDUCCIÓN DE PENAS

El nuevo apartado 3.º del art. 65 introduce la posibilidad de rebajar la pena en grado en el supuesto de participación como inductor o cooperador necesario en delitos especiales propios cuando en éstos no concurran «*las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor*» (art. 65.3 CP).

El párrafo 2.º del artículo 376 dispone con carácter novedoso que en los casos previstos en los artículos 368 a 372, *los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad*. Se introduce pues un mecanismo para reducir la respuesta punitiva al consumidor traficante cuando se ha rehabilitado de su adicción.

Las referidas disposiciones podrán aplicarse respecto de hechos cometidos antes del 1 de octubre de 2004 y no enjuiciados por sentencia firme, siempre que se opte por la aplicación de las disposiciones reformadas en su globalidad.

Por el contrario, no podrán estas disposiciones motivar el inicio del proceso de revisión de sentencias ya firmes, pues su aplicación entraría dentro de las facultades discrecionales del órgano de enjuiciamiento, exigiría en algunos casos ir más allá de los hechos probados en la sentencia y además dichas circunstancias pudieron ser ponderadas en el enjuiciamiento conforme a la anterior legalidad penal a través de vías genéricas como la atenuante analógica.

En apoyo de esta interpretación y en cuanto a los problemas derivados de la falta de constancia de determinados extremos en los hechos probados debe tenerse presente que ya el TS consideró que *...un hecho que no aparece probado no puede ser sometido a revisión, en la medida en que esta operación se reduce a la comprobación de si la subsunción del hecho de acuerdo con la nueva ley produce unas consecuencias más favorables que la subsunción que tuvo lugar de acuerdo con la ley antes vigente*. (STS 398/1997, de 24 de marzo).

También avala esta exégesis la doctrina fijada por el TS en orden a interpretar las comparaciones de penas entre el CP de 1973 y el CP de 1995: «*sin solución de continuidad y con referencia expresa a las penas privativas de libertad*» se añade que en

ellas no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código. No hay duda de que la mención de las «circunstancias» va más allá de las modificativas de la responsabilidad criminal, de manera que se incluyen en aquel vocablo todas las variables que inciden en la determinación última de la pena, como puede suceder con los arbitrios judiciales a propósito de las formas imperfectas. Esta es la interpretación lógica, que conecta también con la comparación general entre «las normas completas de uno u otro Código», según se lee en la Disposición Transitoria 2.ª (STS 669/1997, de 5 de mayo. En el mismo sentido STS 845/1997, de 9 de junio).

Puede también invocarse la STS 846/1997, de 9 de junio, en la que rotundamente se declara que *puede afirmarse que en la determinación de la pena aplicable de acuerdo con el nuevo Código penal se excluye cualquier factor vinculado a la individualización de la pena concreta y debe considerarse tan sólo si la pena impuesta en la sentencia firme hubiera podido ser impuesta también de acuerdo con el Código vigente.*

III.4.4. DERECHO TRANSITORIO Y SUSTITUCIÓN DE PENAS

Si se hubieran impuesto los arrestos de fines de semana en sustitución de penas de prisión al amparo del artículo 88.2 CP en su redacción anterior, no cabrá la revisión de sentencias firmes puestas que con anterioridad a la reforma 15/2003 también existía la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad principal por pena de multa sustitutiva. Por tanto, debe entenderse que la versión anterior del Código también contenía previsión alternativa de una pena no privativa de libertad. A mayor abundamiento, la facultad de llevar a efecto la sustitución y la forma concreta en que la misma se realiza pertenece al ámbito del arbitrio judicial, por lo que está vedada la revisión en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria segunda.

Únicamente procederá la revisión si antes de la reforma 15/2003 se impuso en aplicación del artículo 71.2 la pena de arresto de fines de semana en sustitución de una pena privativa de libertad inferior a tres meses. En efecto, en tales supuestos, tanto antes de la reforma 15/2003 como tras la entrada en vigor de la misma, imperativamente procede la sustitución de la pena de prisión, pero mientras que antes de la reforma las penas sustitutivas podían ser arresto de fines de semana o multa, tras la reforma 15/2003 en estos casos nunca puede imponerse pena privativa de libertad, solamente cabe imponer multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, por tanto, si se impuso como pena sustitutiva la de arresto de fines de semana, procederá abrir el incidente de revisión para ponderar si debe considerarse más beneficiosa la pena sustitutiva a imponer conforme al nuevo art. 88 que, claro es, en ningún caso podrá ser privativa de libertad.

III.4.5. DERECHO TRANSITORIO Y ASPECTOS REGISTRALES

La reforma ha suprimido el párrafo 2 del artículo 82 del CP, acerca de la inscripción de la condena suspendida en una Sección especial, separada y reservada del Registro Central de Penados y Rebeldes. Esta supresión no puede, en ningún caso, interpretarse de manera desfavorable en relación a los asientos existentes que por tanto subsistirán hasta que transcurra el plazo de suspensión de la última condena anotada, aplicándose el régimen anterior sin duda más favorable.

Por lo demás, el régimen de inscripción separada y temporal de las condenas suspendidas en determinados casos podrá ser decisivo para considerar la legislación

derogada más beneficiosa en su conjunto, por lo que deberá ser valorado a la hora de decantarse por una u otra legislación siendo en estos supuestos de especial interés el resultado de la audiencia del reo.

III.4.6. DERECHO TRANSITORIO Y PRESCRIPCIÓN

En principio, habiéndose mantenido los plazos de prescripción en general e incluso habiéndose incrementado los mismos en algún caso particular, no será frecuente que se planteen supuestos en los que sea el instituto de la prescripción el que arrastre la aplicación de la nueva legislación como mas favorable.

Sin embargo pueden producirse tales casos como consecuencia de las modificaciones penológicas, por lo que los Sres. Fiscales habrán de partir de que la prescripción del delito y de la pena, como causas de extinción de la responsabilidad criminal tienen naturaleza sustantiva, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. De ahí que el principio de retroactividad de la ley penal en lo favorable sea aplicable a tal instituto. Será procedente decretar la prescripción cuando con arreglo a la nueva redacción del Código Penal el delito o la pena resultantes de su aplicación estuviesen prescritos, aunque el tiempo de prescripción haya transcurrido antes de la entrada en vigor de la reforma (Consulta 6/1955, de 23 de febrero, de la Fiscalía del Tribunal Supremo y Circular 2/1996).

IV. PROCEDIMIENTO APLICABLE

IV.1. Hechos pendientes de enjuiciamiento

En este apartado hemos de referirnos a todos aquellos procedimientos en los que habiéndose cometido los hechos con anterioridad al 1 de octubre de año 2004, se encuentran pendientes de calificación o pendientes de enjuiciamiento.

Es en estos supuestos cuando la comparación de legislaciones ofrece unos márgenes más amplios. Dicha valoración debe efectuarse en concreto, haciendo un examen *ad casum* y analizando la pena que se considera procedente en la legislación derogada, contrastándola con la que se impondría con arreglo a la nueva normativa.

En principio los hechos anteriores a la vigencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, deben juzgarse de acuerdo con las disposiciones vigentes en la fecha en que se cometieron, salvo que la nueva norma resulte ser más favorable. Para llegar a tal conclusión los Sres. Fiscales deben tener en cuenta no solo la pena que puede imponerse sino también las restantes circunstancias que pueden influir en la ejecución. En estos supuestos de transitoriedad por pendencia de enjuiciamiento la comparación entre legislaciones habrá de hacerse teniendo en cuenta las penas concretas que se imponen o impondrían, ponderando las potencialidades del arbitrio judicial.

Para determinar la norma más favorable en supuestos en los que aún no se ha dictado sentencia habrá de partirse en el proceso de comparación de las dos legislaciones en primer lugar del tipo básico aplicable al autor. Si la previsión de pena es idéntica habrá de analizarse la pena prevista para el grado de ejecución, la intensidad de la participación y la concurrencia o no de circunstancias modificativas o excluyentes de la responsabilidad criminal, así como la existencia o inexistencia de tipos privilegiados que posibiliten la imposición de penas inferiores. Si ambas legislaciones

establecen una pena idéntica en los dos supuestos y unas análogas posibilidades de reducción se podrá considerar más favorable aquella legislación que posibilite una ejecución más benigna en relación con las normas sobre suspensión, sustitución o libertad condicional.

Las nuevas disposiciones podrán aplicarse retroactivamente cuando con arreglo al Código reformado se solicite en concreto una pena que no podría imponerse de acuerdo con el Código en su redacción anterior, por ser el mínimo de éste más grave o cuando la nueva regulación resulte más beneficiosa valorando los criterios de ejecución de la pena.

Si el procedimiento se encuentra en fase anterior a la presentación del escrito de acusación y el hecho ilícito investigado merece tras la reforma la calificación de falta, deberá ponerse inmediatamente de manifiesto al órgano judicial dicha circunstancia, solicitando la transformación del proceso en el correspondiente juicio de faltas.

Los Sres. Fiscales al presentar el escrito de acusación, harán constar expresamente en la conclusión segunda la legislación que se aplica, solicitando en la conclusión quinta la pena correspondiente en aplicación de dichos preceptos.

Si resultare dudosa la determinación de la pena más favorable los Sres. Fiscales emitirán el escrito de calificación provisional especificando alternativamente la petición de pena conforme a la norma derogada y a la vigente, pues no ha de olvidarse que se hace un ejercicio teórico sobre qué pena se impondrá con cada texto.

Los Sres. Fiscales formularán, pues, conclusiones alternativas cuando la decisión sobre la norma más favorable no se presente con nitidez y esté subordinada al uso que finalmente se haga del arbitrio judicial. En efecto, debe tenerse en cuenta que no existiendo un concreto punto de referencia al no haberse impuesto aún pena alguna para hacer el contraste entre las dos legislaciones, en muchos de los casos la opción por uno u otro Código Penal dependerá en definitiva del arbitrio judicial a la hora de individualizar definitivamente la pena.

En los procedimientos ya calificados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, la adaptación en su caso a la nueva legalidad habrá de hacerse bien con carácter previo, al inicio de las sesiones, bien en el trámite de elevación a definitivas de las conclusiones provisionales, modificando, si procede, la pena solicitada en función de dicho extremo.

Aunque como reseñaba la Circular 2/1996, no parece exigible una generalizada revisión de calificaciones en momentos previos, habilitando un trámite no existente procesalmente, tampoco se aprecia obstáculo a que así se haga cuando las circunstancias concurrentes puedan aconsejarlo.

En cuanto a los supuestos examinados *supra* en los que la línea divisoria entre delito y falta pasa de 300,51 a 400 euros, cuando la causa verse sobre hechos cuantificados entre estos dos límites, procederá promover la conversión del procedimiento en juicio de faltas y, en su caso, la remisión al Juzgado de Instrucción.

En causas seguidas exclusivamente por hechos despenalizados en que ya se haya evacuado el trámite de calificación, nada impide –es más, será lo deseable, por razones de economía procesal y para evitar molestias innecesarias a los testigos– solicitar el sobreseimiento libre retirando la acusación sin necesidad de esperar al acto del juicio oral, sin perjuicio de solicitar la oportuna comunicación al órgano administrativo competente si los hechos pudieran merecer sanción administrativa (*vid.* Circular 2/1983 y Circular 2/1996).

Habrà igualmente de mantenerse el criterio de la Circular 2/1996 en el sentido de que el juzgador, siempre que respete el principio de aplicación de la ley más favorable en concreto y los términos fácticos de la acusación, puede aplicar de oficio un texto penal distinto del invocado por el Fiscal en su calificación, sin que ello suponga vio-

lación del principio acusatorio y sin que sea exigible el planteamiento de la tesis regulada en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

IV.2. Hechos sentenciados pendientes de recurso

La Disposición transitoria quinta establece que *en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de vacatio, las siguientes reglas:*

- a) *Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva Ley, cuando resulten más favorables al reo.*
- b) *Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva Ley.*
- c) *Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho.*

Esta Disposición Transitoria es idéntica a la DT novena del CP de 1995.

Por tanto, si el recurso pendiente es de apelación, si se interpuso antes del día 1 de octubre, necesariamente deberá darse audiencia al Fiscal y a la defensa. Esta audiencia deberá realizarse en el trámite de la vista. En el supuesto de que el recurso se resolviese sin vista, deberá abrirse antes de la resolución del mismo un traslado para alegaciones de las partes a tales efectos.

En relación con el recurso de casación, debe tenerse presente que la doctrina del TS restringió a los supuestos de *absoluta claridad y sencillez la aplicación retroactiva directa por el Tribunal Supremo –en primera y última instancia– del Nuevo Código Penal, estimando en los demás supuestos como más ajustada a Derecho la desestimación del recurso conforme al Código Penal derogado, permitiendo que sea la Audiencia la que, cumpliendo las previsiones legales señaladas en las disposiciones transitorias 2.ª, 3.ª y 4.ª del Nuevo Código Penal, revise en sus justos términos la sentencia que ahora se mantiene, oyendo a las partes sobre la nueva calificación y pena que procediese y con eventual control casacional.* (SSTS 708/1997, de 20 de mayo, 92/97, de 21 de enero, 97/97, de 28 de enero, 140/97, de 7 de febrero, 406/97, de 26 de marzo o 548/97, de 16 de abril),

IV.3. Revisión de Sentencias pendientes de ejecución

La Disposición Transitoria segunda en su párrafo 2.º establece que los jueces o tribunales *procederán a revisar las sentencias firmes.*

Parece pues que la reforma residencia en los Jueces y Tribunales la iniciativa para abrir el incidente de revisión. Los Sres. Fiscales despacharán las causas cuando el Juez de lo Penal o las Secciones de las Audiencias Provinciales les den traslado de las mismas para la emisión del preceptivo informe, correspondiendo la decisión al Juez o Tribunal, que la adoptará por medio de auto.

Pero en todo caso, debe partirse de que la revisión puede iniciarse no solo de oficio sino también a instancia del penado o del Ministerio Fiscal.

A estos efectos, no puede perderse de vista que el Fiscal tiene asignada constitucionalmente la función de custodio de la legalidad. Por ello los Sres. Fiscales en ningún caso podrán ampararse en la Disposición Transitoria transcrita para adoptar una postura pasiva o inhibirse de su obligación de promover la necesaria adaptación de las penas al nuevo marco del Código. Por ello, en los casos en los que detecte causas que siendo revisables no se haya iniciado el procedimiento, solicitarán su activación al Juzgado o Tribunal sentenciador. Como establecía la Circular 1/1996, habrán de adoptar los señores Fiscales las medidas que en cada caso se estimen oportunas para, en relación con los diferentes órganos jurisdiccionales, proceder a detectar aquellas ejecutorias precisadas de revisión.

La competencia para el conocimiento del incidente de revisión ha de entenderse residenciada en el Juez o Tribunal que dictó la sentencia en la primera instancia, aunque luego la misma fuese revocada o casada, a salvo la facultad reconocida al Consejo General del Poder Judicial para asignar esa función a algunos Jueces o Tribunales específicos.

Las Disposiciones Transitorias de la LO 15/2003 no regulan los recursos que caben contra la resolución por la que se decide el incidente de revisión. Tampoco encontramos previsión alguna en las Disposiciones Transitorias del CP de 1995. Siguiendo los criterios de la Circular 1/96 y del Auto del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1984, esta resolución será susceptible de los mismos recursos que hubieran cabido contra la sentencia. Por tanto, procederá el recurso de apelación si la resolución fue dictada por el Juzgado de Instrucción o por el Juzgado de lo Penal; procederá recurso de casación si la resolución fue dictada por la Audiencia Provincial; cabrá finalmente apelación y casación si la resolución proviene de Tribunal de Jurado.

Pese al silencio de las disposiciones transitorias de la LO 15/2003, como ya ocurrió con sus homónimas del CP de 1995 en relación con los acusadores particulares, habrán los Sres. Fiscales de admitir la legitimación de éstos para impugnar la resolución revisora.

IV.4. La audiencia al acusado o al reo

La audiencia al reo se recogía en la disposición transitoria cuarta del CP de 1995 para las revisiones de sentencia *una vez haya informado el Fiscal, procederán también a oír al reo, notificándole los términos de la revisión propuesta, así como a dar traslado al Letrado que asumió su defensa en el juicio oral, para que exponga lo que estime más favorable para el reo.* En la Disposición transitoria segunda se regulaba la audiencia para los supuestos no de revisión, sino de aplicación directa de las nuevas disposiciones *en todo caso, será oído el reo.*

Esta regulación por separado se interpretó en el sentido de dar un tratamiento diferenciado a una y otra audiencia.

En la LO 15/2003 solamente hay una referencia a la audiencia en la Disposición transitoria primera, en su apartado 3.º que dispone que *en todo caso, será oído el reo.* Esta audiencia imperativa, por razones sistemáticas ha de entenderse aplicable a los supuestos de hechos pendientes de enjuiciamiento.

Por ello habrá de entenderse vigente el criterio que estableció la Circular 1/1996 en relación con las revisiones de sentencias: *la audiencia al reo es preceptiva siempre que efectivamente se proceda a la revisión de la sentencia. Y no es necesaria, aunque nada la impide si así lo acuerda el órgano judicial, en los casos en que no se revisa la sentencia por considerarse más beneficiosa la legislación anterior... No procede dar audiencia al reo en los casos en que el Ministerio Fiscal dictamine en el sentido de*

que no procede la revisión... Si el órgano jurisdiccional estuviere conforme con tal criterio, podrá dictar directamente un auto declarando la improcedencia de la revisión, sin previa audiencia del reo... Que no es obligado dar traslado al reo y a su Letrado en los casos en que el Fiscal informa negativamente la revisión y el órgano judicial comparte ese criterio se desprende de la disposición transitoria cuarta: «Una vez haya informado el Fiscal, procederán (los Jueces y Tribunales) también a oír al reo, notificándole los términos de la revisión propuesta, así como a dar traslado al Letrado que asumió su defensa en el juicio oral, para que exponga lo que estime más favorable para el reo». Se trata pues de oírles respecto de la proposición de revisión apuntada por el Fiscal, a fin de despejar cualquier duda acerca de lo que a juicio del reo deba entenderse como más favorable... Todo lo dicho ha de entenderse sin perjuicio de que contra el auto que declare la no revisabilidad de la condena en ejecución, auto que habrá de ser notificado al reo, pueda interponer por medio de su Letrado los pertinentes recursos... Será obligada la audiencia en caso de que el Fiscal dictamine en el sentido de que es procedente la revisión, proponiendo los términos de la misma, o cuando el órgano judicial estime que puede ser procedente la revisión, pese al dictamen negativo del Fiscal. En esos supuestos deberá acordarse el traslado al reo (así se desprende de la ya transcrita disposición transitoria cuarta).

Es importante que en este trámite de audiencia el imputado sea informado de todos los efectos y consecuencias que en relación con la pena y su cumplimiento le puede deparar la aplicación de una u otra norma. Los Sres. Fiscales habrán de procurar que esta información sea comprensible y suficiente para garantizar que el cumplimiento de este requisito de audiencia permita al sujeto pasivo del procedimiento emitir una opinión informada.

En los incidentes de revisión de sentencia esta información al penado podrá cumplimentarse a través del propio informe del Fiscal, en el que deberá motivar su opinión e interesar que se proporcione copia del mismo al reo cuando haya de ser oído.

Cuando el trámite de audiencia haya de articularse en el trámite del juicio oral, los Sres. Fiscales no se opondrán a la concesión de un receso en el acto de la vista para que el acusado pueda evacuar consultas con su Letrado, cuando se haya informado en ese momento sobre la Ley más favorable.

El valor de la audiencia resplandece con intensidad si se conviene en que la valoración de qué es más favorable tiene sin duda un importante componente de subjetividad. El criterio del reo no es vinculante para el tribunal, pero sí estimable cuando atendidos los parámetros ordinarios de la ejecución la solución no es diáfana (vid. STS 1458/1996, de 17 de septiembre).

Cuando proceda la audiencia en incidentes de revisión de sentencia el traslado al Letrado que actuó como Defensor en juicio será igualmente un traslado para la emisión de dictamen escrito.

Habrán también de tener presente los Sres. Fiscales que cuando se trate de pena privativa de libertad el auto de revisión habrá de ser puesto en conocimiento del Centro Penitenciario.

CIRCULAR 2/2004, SOBRE APLICACIÓN DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA POR LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE (PRIMERA PARTE)

I. INTRODUCCIÓN

La reforma llevada a cabo en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, pese a que como confiesa su Exposición de Motivos respeta la estructura y principios, la unidad y el sistema del Código Penal de 1995, representa un profundo cambio en nuestra legislación penal. Junto a la adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, encontramos los cambios más importantes en el régimen de penas y su aplicación.

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

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

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

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

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el nuevo Código Penal, ha sido modificada desde su aprobación en dieciocho ocasiones. A menos de ocho años de su entrada en vigor se ve sometido de nuevo a una profunda modificación. El nuevo Código, pese a la permanente evolución del Derecho Penal, perseguía conceptualmente la estabilidad y fijeza que sería deseable en las normas penales. Tales propósitos puede decirse que han quedado definitivamente frustrados en su todavía corta vida. Las dificultades que estos continuos cambios generan en el intérprete, y especialmente en el Ministerio Fiscal, como institución vertebrada en torno al principio de unidad de actuación son graves y evidentes. El principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que exige la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación de los Poderes Públicos en la aplicación del Derecho; el principio de legalidad penal (arts. 9.3 y 25.1 CE) y el de certeza, derivado de aquel, que supone la exigencia de que la Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, no se cohonestan bien con la modificación continua y permanente del Código Penal.

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

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

II. MODIFICACIONES EN EL SISTEMA DE PENAS

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

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

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

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

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

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

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

III. LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por tanto, deberán los Sres. Fiscales evitar que ante los problemas probatorios que pueden surgir en la investigación de delitos cometidos en el seno de personas jurídicas, se aplique la cláusula del artículo 31 CP prescindiendo del necesario respeto al principio de culpabilidad, utilizando parámetros objetivos o atribuyendo automáticamente responsabilidad penal al representante legal y a la sociedad con el riesgo de volver a supuestos de responsabilidad objetiva o de responsabilidad penal por hecho ajeno.

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

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

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

Desde el punto de vista procesal, la asimilación de la persona jurídica responsable *ex* artículo 31.2 CP al imputado implicará la necesidad de reconocerle el derecho a la tutela judicial efectiva, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa

y a no sufrir indefensión. En definitiva habrá de reconocérsele el derecho al proceso debido. Deberá garantizarse la participación de la persona jurídica en el proceso, habrá de incluirse a la misma en el acta de acusación del Fiscal y en el auto de apertura de juicio oral y habrá de admitirse su personación por medio de abogado y procurador ya en la fase de instrucción, reconociéndole igualmente la posibilidad de recurrir la sentencia en cuanto a las responsabilidades que en la misma se le atribuyan. Cabrá igualmente exigirle a la persona jurídica fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele en sentencia.

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

En cuanto a los módulos de fijación de la multa, ha de partirse de que a quien se impone la multa es a la persona física, por lo que a la hora de fijar el importe de las cuotas, habrá de tenerse en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo-persona física, conforme al artículo 50 CP. La multa, como expresamente refiere el artículo 31.2 se impone a la persona física y se exige directa y solidariamente a la persona jurídica.

IV. LA NUEVA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

IV.1. Concepto, naturaleza y ámbito de aplicación

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

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

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

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

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

Se restringe, pues, su aplicación a las faltas. Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica al concebirse como pena privativa de libertad, se vertebraba sobre una obligación impuesta al penado de permanecer en un determinado lugar sin poder abandonarlo. Pese a su equívoca nomenclatura, esta pena no puede articularse como un control continuado mediante medios tecnológicos que permita simultáneamente al penado la libertad de desplazamiento espacial. Por ello, más clarificador hubiera sido

denominarla «arresto en sitio o lugar determinado», pues la «localización permanente» parece aludir a la necesidad de estar localizados o localizables sin privación efectiva de libertad ambulatoria.

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

IV.2. Lugar de cumplimiento

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

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

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

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

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

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

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

La exigencia del propio precepto de que ese otro lugar sea determinado en sentencia añade un *plus* de complejidad, pues será frecuente que los obstáculos a la

determinación del lugar de cumplimiento surjan *ex post* durante la ejecución de la sentencia.

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

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

IV.3. Modalidades de cumplimiento

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

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

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

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

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

IV. 4. Control de cumplimiento

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV.5. Quebrantamiento

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

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

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

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

IV.6. Acumulación con la pena de prisión

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

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

V. LOS RENOVADOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

V.1. Líneas generales de la reforma

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

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

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

2.ª *No atentará a la dignidad del penado.*

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

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

5.ª *No se supeditarán al logro de intereses económicos.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La nueva regulación amplía el ámbito de aplicación de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, que supera su anterior función de pena sustitutiva (arts. 53 y 88) para configurarse como pena principal para determinados delitos, ampliación funcional ya adelantada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, que

incorporó la pena de trabajo en beneficio de la comunidad como pena principal (alternativa) en el artículo 153. Con la LO 15/2003 esta tendencia se incrementa tanto en el Libro II como en el Libro III.

La nueva configuración de los trabajos en beneficio de la comunidad como pena principal alternativa y la necesidad de contar con el consentimiento del penado para su imposición plantea la exigencia de obtener tal consentimiento antes del dictado de la sentencia.

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

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

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

El Juez de Vigilancia Penitenciaria pasa a asumir las funciones de control de la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad. La asunción de estas funciones por parte del Juez de Vigilancia se enmarca dentro de una tendencia general a la ampliación de sus competencias, que tiene reflejo en la reforma 15/2003 en la asunción de atribuciones en relación con la aprobación de abonos de medidas cautelares sufridas en otras causas (art. 58 CP) y con la decisión en relación con la suspensión de la ejecución de la pena por trastorno mental grave y con la eventual decisión de imposición de medida de seguridad (art. 60 CP). Habrán de ser los Fiscales adscritos al correspondiente Juzgado de Vigilancia Penitenciaria quienes asuman el despacho de estos asuntos, sin perjuicio de mantener las comunicaciones precisas con los Fiscales encargados de la tramitación de la ejecutoria afectada, cuando unos y otros pertenezcan a distintas Fiscalías.

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

V.2. Contenido y extensión

La funcionalidad de esta pena está subordinada al requisito esencial de contar con el consentimiento del penado, que además se ha de manifestar tanto ante el órgano de enjuiciamiento penal dando su consentimiento a la imposición de la pena como ante la Administración Penitenciaria, dando su conformidad a un trabajo determinado que se le oferta. Ello implica la limitación de aplicarla bien como sustitutiva de otra pena bien como originaria pero alternativa a otra pena. No cabe pues aplicarla

como única respuesta penal para un delito o falta, límite que queda debidamente respetado tras la reforma 15/2003.

Desde el punto de vista de la extensión de la pena, habrá en principio de admitirse que los trabajos en beneficio de la comunidad superen el límite genérico de 180 días previsto en el artículo 33.3.k) CP, pudiendo alcanzar el de un año previsto en el artículo 40.4. También podrán superar el límite de 180 días cuando los trabajos en beneficio de la comunidad se apliquen como pena sustitutiva, pues con carácter excepcional está prevista la sustitución de penas de hasta dos años de prisión siendo el módulo de conversión una jornada de trabajo por cada día de privación de libertad (art. 88.1 CP). A estos efectos ha de tenerse presente que el artículo 40.5 CP parece admitir incluso la imposición por duración superior al año, al establecer en relación a la duración de las penas privativas de derechos que será *la prevista en los apartados anteriores, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código*. No obstante, cuando se sustituyan penas de prisión de hasta dos años, la previsión del artículo 88 de sustituir bien por multa, bien por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, deja claro que no deben imponerse un número de jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad que por su extensión pudiera ser considerado desocializador, por lo que en tales casos será conveniente utilizar la multa para cubrir todo lo que exceda de un año de trabajos en beneficio de la comunidad, límite establecido por el artículo 40.4 CP.

V.3. Desarrollo reglamentario

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

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

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

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

En cuanto a la duración horaria de las jornadas, en tanto no se produzca un nuevo desarrollo normativo del artículo 49 CP, habrá de interpretarse que podrán oscilar

entre el máximo de ocho horas por jornada y el mínimo de cuatro horas diarias establecido por el RD 690/1996, debiendo admitirse igualmente la posibilidad reglamentaria de flexibilizar los límites de la jornada mínima diaria por lo que cuando concurra causa justificada, podrá autorizarse por el Juez o Tribunal el cumplimiento de la misma de forma partida, en el mismo o diferentes días y en períodos mínimos de dos horas.

V.4. Los trabajos en beneficio de la comunidad como substitutivos

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

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

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

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

Las obligaciones o deberes del artículo 83.1 1.ª y 2.ª consisten en la prohibición de acudir a determinados lugares y la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos. La prohibición de acudir a determinados lugares ha de imponerse necesariamente (83.1.1.ª). La prohibición de aproximarse a la víctima y asimilados se prevé de forma alternativa a la prohibición de comunicarse (83.1.2.ª), por lo que si las concretas circunstancias del caso lo aconsejan, podrá prescindirse de la imposición de una o de otra.

V.5. Control de la ejecución

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

obligación: la del Juzgado de requerir los informes y la de la entidad en la que se prestan los servicios de elaborarlos y remitirlos.

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

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

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

El artículo 8 del RD 690/1996 vinculaba la comunicación a la autoridad judicial del incumplimiento de los trabajos únicamente a los efectos, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 88.3 (actual 88.2) CP, es decir, para entender incumplida en todo o en parte la pena sustitutiva con el consiguiente retorno a la ejecución de la pena sustituida, esto es, la prisión.

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

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

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

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

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

Será en los supuestos de trabajos en beneficio de la comunidad como pena originaria en los que procederá deducir testimonio como respuesta al incumplimiento. Cabe plantearse si en estos casos procederá intentar además el cumplimiento de las jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad no ejecutadas. La interpretación

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

Los importantes efectos que se anudan a la resolución del Juez de Vigilancia por la que decide si entiende que hay incumplimiento y por tanto acuerda el retorno a la pena sustituida o la deducción de testimonio por quebrantamiento con la consiguiente terminación de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta como principal, hace que deba exigirse la forma de auto, con una motivación suficiente, debiendo los Sres. Fiscales en su caso interponer los correspondientes recursos cuando entiendan que no hay propiamente incumplimiento y que debe reanudarse la ejecución de la medida.

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

V.7. Las faltas de asistencia justificadas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto a la prohibición de aproximación debe tenerse en cuenta que tiene dos contenidos: la prohibición al reo de acercarse a determinadas personas donde quiera que se encuentren, y la prohibición de acercarse al domicilio de esas personas, sus

lugares de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ellas, aunque las mismas no se encuentren en dichos lugares.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo demás no debe olvidarse que el tipo del artículo 153 CP permite imponer una solución mucho más radical cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz: la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potes-

tad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. En las mismas condiciones, el tipo del artículo 173 permite imponer esta pena por tiempo de uno a cinco años.

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

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

Habrán de partir los Sres. Fiscales de que, a diferencia de otras accesorias legalmente preceptivas, por su naturaleza de penas accesorias especiales o impropias, estas prohibiciones facultativas habrán de ser solicitadas por las acusaciones para que el órgano de enjuiciamiento pueda imponerlas. Interpretando esta disposición sistemáticamente en relación con la medida cautelar imponible conforme al artículo 544 bis LECrim, deben ser parámetros a tener en cuenta para su imposición la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la pena como tras su finalización.

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

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

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

Este punto debe sin duda ser objeto de una matización. A la vista de la amplitud de los tipos abarcados en los artículos 153 y 173.2 CP, ha de recordarse que los mismos abarcan supuestos leves de violencia aislada o episódica, por lo que teniendo en cuenta tanto la obligatoriedad de solicitar e imponer la pena de prohibición de aproximación con independencia de la voluntad de la víctima como la constatada existencia de supuestos de reconciliación sobrevenida y deseo de reanudar la convivencia (o incluso supuestos de voluntad de continuar una convivencia en ningún momento interrumpida), en tales casos, debidamente ponderadas las circunstancias concurrentes, los Sres. Fiscales podrán informar favorablemente o promover de oficio peticio-

nes de indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, solicitando simultáneamente la suspensión de la ejecución de la misma conforme al artículo 4.4 CP con el fin de evitar la a todas luces anómala situación que podría derivarse de una separación forzosa imperativa y contraria a la voluntad de los aparentes beneficiarios de la medida de protección.

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

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

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

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

VII.1. Inhabilitación especial

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

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

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

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

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

VII.2. Suspensión de empleo o cargo público

Esta pena, que tenía una duración de seis meses a seis años ve reducido su límite inferior a tres meses, manteniendo el superior de seis años. Es pena grave por tiempo superior a cinco años [art. 33.2.d)] y pena menos grave hasta cinco años [art. 33.3.c)].

Mantiene esta pena sus funciones como principal en casos concretos y como posible pena accesoria de las penas de prisión inferiores a diez años.

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

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

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

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

Lo decisivo será si existen elementos que lleven a un convencimiento racional de que respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa el condenado no está en condiciones de desempeñar correctamente los facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor.

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

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

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

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

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

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

Para que esta pena pueda imponerse debe estar expresamente prevista en el tipo penal del Código aplicable y así la STS 780/2000, de 11 de septiembre, mantuvo que *la privación de la patria potestad sobre su hijo, impuesta a un condenado por un*

delito de homicidio cometido contra la madre carece por tanto de fundamento legal en el Código Penal y que tampoco cabe en este caso acordar la privación de la patria potestad mediante la directa aplicación por el Tribunal penal de las normas de Derecho de familia, que dentro del ámbito del Derecho Privado, disciplinan aquella institución, y cuya aplicación compete a la jurisdicción civil, por los órganos integrados en ella a través de los procedimientos civiles correspondientes.

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII. LA PENA DE MULTA

VIII.1. El sistema de días-multa

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

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

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

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

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

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

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

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

Es indudable que debe perfeccionarse el procedimiento de acopio de información sobre los ingresos y patrimonio de los imputados y penados, pero en todo caso no

puede aceptarse que la *praxis* derive hacia la determinación de la pena de multa sin respetar la Ley.

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

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

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

3) La insuficiencia de datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto (200 ptas.) a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el nuevo Código Penal, convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales (SSTS 1377/2001, de 11 de julio; 1207/1998, de 7 de abril de 1999).

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

5) Si el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa (de 200 a 50.000 ptas. de cuota diaria), lo dividiésemos hipotéticamente en diez tramos o escalones de igual extensión (de 4.980 ptas. cada uno), el primer escalón iría de 200 a 5.180 ptas., por lo que cuando se aplica la pena en la mitad inferior de este primer tramo, señalando por ejemplo una cuota diaria de mil ptas, ha de estimarse que ya se está imponiendo la pena en su grado mínimo, aun cuando no se alcance el mínimo absoluto. En estos supuestos si consta, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por otras circunstancias genéricas, que no se encuentra en situación de indigencia o miseria, que son los supuestos para los que debe reservarse ese mínimo absoluto de 200 ptas. diarias, la pena impuesta debe reputarse correcta, aun cuando no consten datos exhaustivos sobre la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales. (STS 1377/2001, de 11 de julio. En el mismo sentido SSTS 1207/1998, de 7 de abril; 1959/2001, de 26 de octubre, y 252/2000, de 24 de febrero).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, el artículo 51 sí autoriza a que pueda dejarse sin efecto un aplazamiento concedido al reo para el pago de la multa, basado en sus circunstancias económicas precarias si *ex post facto* cambian las circunstancias y mejora su fortuna hasta el punto de evidenciarse la posibilidad de pago inmediato. Pese a esta teórica autorización, los Sres. Fiscales se abstendrán de promover investigaciones tendentes a dejar sin efecto aplazamientos de pago concedidos, por evidentes razones de economía procesal, sin perjuicio de no oponerse a la revocación del plazo si habiéndose planteado la cuestión el órgano jurisdiccional de oficio o a instancia de la acusación particular se comprobara la mejora de fortuna en una cuantía tal que privara de sentido al aplazamiento.

VIII.5. La multa proporcional

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

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

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

IX. LA RESPONSABILIDAD PENAL SUBSIDIARIA: ART. 53

IX.1. Aspectos generales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IX.2. Cálculo de la responsabilidad personal subsidiaria

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

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

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

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

La multa, cuando se impone como sustitutiva de la prisión, puede alcanzar –como se analizó *supra*– una extensión de hasta cuatro años. Sin embargo, su incumplimiento en estos casos no desembocará en responsabilidad personal subsidiaria sino en el cumplimiento de la pena de prisión sustituida con los descuentos que correspondan si hubo pagos parciales (art. 88.2 CP).

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

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

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

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

IX.4. Límites a su imposición

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

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

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

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

Cuando la pena privativa de libertad no alcance los cinco años, si existe responsabilidad personal subsidiaria por una pena de multa, dicha responsabilidad personal subsidiaria no podrá rebasar nunca, junto a la referida pena de prisión, los cinco años porque, en otro caso, se conduciría al absurdo de ser de mejor condición el condenado a pena de 5 años y 1 día que el que lo fue a pena, por ejemplo, de 4 años y 11 meses, sin responsabilidad personal subsidiaria aquella y con una posible responsabilidad personal subsidiaria ésta que pudiera exceder en su cómputo de los cinco años y 1 día, lo que vulneraría el principio de culpabilidad al resultar más sancionado de modo efectivo quien ha cometido un ilícito de inferior gravedad (*vid.* en este sentido, entre otras, SSTS 803/2000, de 16 de mayo; 976/2002, de 24 de mayo, y 1685/2000, de 31 de octubre).

IX.5. Aplicación de oficio

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

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

X. NOVEDADES EN LAS PENAS ACCESORIAS

La Fiscalía General del Estado se pronunció sobre esta materia en su Consulta 2/2000, de 14 de diciembre, *sobre la aplicación de las penas accesorias previstas en el artículo 56 del Código Penal* llegando a las siguientes conclusiones: *1.ª Los Sres. Fiscales cuando pidan que se imponga una pena de prisión de hasta diez años, deberán asimismo solicitar que se impongan las siguientes penas accesorias durante el tiempo de la condena: a) en todo caso, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; b) además, cuando el acusado desempeñe un empleo o cargo público, también la suspensión de empleo o cargo público; 2.ª Habrá de solicitarse la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, especificando concretamente cuál o cuáles son los derechos a que alcanza la inhabilitación, únicamente cuando éstos hayan tenido relación directa con el delito y el penado se haya aprovechado de ellos para cometerlo. En este caso habrá de solicitarse también la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Y si el acusado desempeña un empleo o cargo público, salvo que se haya pedido concretamente la inhabilitación especial para empleo o cargo público, se habrá de pedir también la suspensión de empleo o cargo público.*

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

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

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

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

XI. DISPOSICIONES COMUNES A LAS PENAS

XI.1. El abono de la prisión preventiva: artículo 58

El artículo 58 CP queda redactado en los siguientes términos:

1. *El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada.*
2. *El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del Ministerio Fiscal.*
3. *Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.*
4. *Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.*

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

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

sobrantes de prisión preventiva como crédito para cubrir responsabilidades futuras por el reo.

Debe, no obstante, tenerse presente que el TS ha asumido una interpretación correctora tendente a ampliar los márgenes del abono evitando al mismo tiempo conceder al reo una licencia para delinquir que constituiría un perturbador factor criminógeno. Así, se declara que *«ha de permitirse el abono referido en casos de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, siempre que esos hechos delictivos, por los que en definitiva ha de cumplirse la pena, sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió (o impuso pena menor a la prisión ya sufrida) en la causa en la que la prisión provisional fue acordada. Sólo a partir del momento en que tal sentencia fue conocida por el interesado cabe decir que éste puede actuar con el mencionado sentimiento de impunidad que constituye el fundamento de la limitación o excepción expresada en la frase final del art. 58.1»* (SSTS 808/2000, de 11 de mayo, y 2394/2001, de 18 de diciembre).

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

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

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

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

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

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

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

Se da con ello una solución que otorga cobertura legal al artículo 184 c) del Reglamento Penitenciario que ya permitía el ingreso de los penados a los que por enfermedad mental sobrevenida se les impusiera una medida de seguridad por el Tri-

bunal sentenciador que deba ser cumplida en un establecimiento o Unidad psiquiátrica penitenciaria.

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

La medida de seguridad privativa de libertad que puede imponerse *no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida*. Con la utilización de este inciso, el artículo 60 CP claramente asume el sistema vicarial aplicable en general a las medidas de seguridad. Ello debe llevar también a interpretar el apartado 2.º del artículo 60 (que no ha sido modificado) en los siguientes términos: cuando se establece que *restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente* debe entenderse que aun cuando la decisión sea la de ordenar el cumplimiento de la sentencia, necesariamente habrá de reducirse su duración, descontando del período pendiente de cumplimiento todo el tiempo en que el reo hubiere estado privado de libertad en cumplimiento de la medida de seguridad sustitutiva de la pena suspendida.

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

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

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

La reforma añade que *«el Juez de Vigilancia Penitenciaria comunicará al Ministerio Fiscal con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la Disposición Adicional primera de este Código»*. Se trata de coordinar una correcta articulación de los internamientos penales con los civiles, evitando tiempos muertos que pudieran dar lugar a situaciones de desprotección del enfermo y peligro para terceros.

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

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

XII.1. Participación en delitos especiales propios

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

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

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

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

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

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

XII.2. Concurrencia de eximentes incompletas

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

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

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

El inciso último del art. 68 *sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código* supone la vinculación del Juez o Tribunal a las reglas del artículo 66, una vez determinado el marco penal conforme a la regla del artículo 68. En este mismo sentido se pronunció el Informe del CGPJ de 26 de marzo de 2003, *sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* que al respecto consideraba que *en el caso de la eximente incompleta, el artículo 68 pertenece todavía a la fase de la determinación del*

marco legal de la individualización judicial. Por el contrario, el artículo 66 es un precepto que ofrece reglas especiales para una mayor concreción del marco legal, próxima a la individualización judicial stricto sensu, toda vez que las circunstancias agravantes y atenuantes inciden en el injusto o la culpabilidad del hecho, y no hay motivo para no sujetar al Juez a esas reglas en la determinación de la pena. Es decir, en la determinación de la pena, como ha puesto de manifiesto la doctrina, pueden distinguirse dos clases de operaciones que debe realizar el Juez Penal: 1) La determinación del marco legal de la individualización judicial en abstracto –actividad que en parte es realizada por el legislador y en parte por el tribunal–, y para la que cuenta el Juez con las reglas generales y especiales que se previenen en los artículos 61 y ss. CP; 2) la individualización de la pena en sentido estricto, esto es, determinar, dentro del marco legal, qué pena debe imponerse al autor en atención a las circunstancias del caso concreto. Esta individualización judicial presupone la aplicación previa de las reglas generales y especiales previstas por el legislador para la concreción del marco legal abstracto; y una vez realizado debe graduar la gravedad de la culpabilidad atendiendo a los factores a que se refiere el artículo 66 CP.

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

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

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

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

El nuevo artículo 70 CP vuelve al sistema de penas engarzadas vigente en el Código de 1973 para la degradación o elevación de grados. Así, la regla 1.^a determina que *el límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer* y, correlativamente, la regla 2.^a establece que *el límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer*.

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

También se modifican los toques máximos de las penas superiores en grado para las penas de inhabilitación especial y absoluta (pasando de veinticinco a treinta años) y de privación del derecho a la tenencia y porte de armas (se eleva de quince a veinte).

Se introducen los tramos superiores de las penas de alejamiento (la duración máxima en sus tres manifestaciones será de veinte años) y se establece para la de suspensión de empleo o cargo público la duración máxima de ocho años.

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

El artículo 71.1 mantiene el criterio de permitir dar operatividad a las rebajas de pena aun cuando se rebasen las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase, incorporando la novedad de especificar en su inciso final que esto no supondrá la degradación a falta. Por tanto, se mantendrá la naturaleza de delito del hecho, al margen del criterio formal de delimitación entre el delito y la falta que se establece en el artículo 13 CP. Se sigue el criterio de que el delito es más grave que la falta, no tanto por la mayor pena con que se sanciona el primero, sino porque presenta un mayor contenido de injusto.

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

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

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

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

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

XII.4. Motivación de la pena: artículo 72

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

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

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

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

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

Para el TS, las pautas a utilizar para la motivación son, por un lado, la gravedad del hecho, que «no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer». Por otro lado, las circunstancias personales del delincuente «son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica». Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta (antigua) regla primera del artículo 66, sino de las restantes reglas. Aquí el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando, en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, pues, de un ejercicio de discrecionalidad reglada,

que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley» (STS 1297/2003, de 9 de octubre).

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

Debe también tenerse en cuenta que, «en algunas ocasiones, el Código Penal refuerza esta exigencia general de motivación en relación a la pena, tal como ocurre en el artículo 249, que obliga a tener en cuenta para la fijación de la misma el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción, todo lo cual supone una obligación impuesta al Tribunal en orden a un mayor esfuerzo argumentativo en el momento de expresar las razones de optar por una concreta extensión de la pena, obligación que sólo puede decaer cuando se impone la mínima legalmente prevista, pues, en ese caso, la extensión de la pena se justifica como la inevitable consecuencia mínima del delito». (STS 1574/2002, de 27 de septiembre).

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

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

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

En todo caso, los señores Fiscales no habrán de recurrir las sentencias en las que, pese a no haberse colmado explícitamente los requisitos de motivación exigidos por el nuevo artículo 72 CP, a la vista de las circunstancias fácticas concurrentes en rela-

ción con los hechos y con el penado, la pena esté implícitamente justificada, de conformidad con la doctrina acuñada al respecto por nuestro Tribunal Constitucional (vid. STC 136/2003, de 30 de junio).

XII.5. La pena asignada al delito continuado

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

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

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

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

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

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

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

El apartado 3.º del artículo 74 sufre también una modificación consistente en restringir la continuidad de acciones que ataquen al honor o a la libertad *e indemnidad sexuales* a los casos que afecten a un único sujeto pasivo. De nuevo, pues, se asume por la reforma una pauta de interpretación jurisprudencialmente asumida.