

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

## JORNADAS DE LA COMISIÓN PENAL

Los días 16 y 17 de diciembre de 2010 se han celebrado en Barcelona las primeras Jornadas sobre de la Comisión Penal de Jueces para la Democracia.

Las jornadas han tenido por objeto la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, con entrada en vigor el día 23 de diciembre.

La importante trascendencia de la reforma en nuestro ordenamiento penal sustantivo ha sido el motivo de centrar el encuentro en las cuestiones más problemáticas que los operadores jurídicos se van a encontrar en el momento en que entre en vigor.

Es por ello que no se ha tratado de hacer una exposición doctrinal de la reforma sino de identificar aquellos temas en los que se pueden plantear problemas en la definición y aplicación de la nueva normativa.

En este sentido se ha optado por una metodología de trabajo que ha permitido y facilitado el debate entre los asistentes, en la misma forma que se realizan habitualmente los trabajos en la Comisión Penal mediante la lista de correo.

Se han encargado de la exposición de los temas las siguientes personas:

- I. *Cuestiones procesales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Javier Hernández García.
- II. *La nueva regulación de la prescripción.* Nekane Sanmiguel y Joan Francesc Uría.
- III. *La nueva regulación del comiso.* José Grau.
- IV. *Obtención de muestras salivares.* Juan José López Ortega.

- V. *La reforma de los períodos de seguridad.* Xermán Varela.
- VI. *La nueva medida de seguridad de libertad vigilada.* Roser Bach.
- VII. *La nueva regulación de los delitos sexuales.* Yolanda Rueda
- VIII. *La nueva regulación de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.* Eduardo Navarro.
- IX. *Revisión de sentencias.* María Calvo.

Los debates han sido recogidos en el documento que os presentamos a continuación y que esperamos que sean de vuestro interés.

## I. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

La reforma del Código Penal que introduce un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no contempla ninguna previsión procesal relativa a cómo debe desarrollarse el proceso que puede conducir a declarar dicha responsabilidad de los entes jurídicos. La omisión resulta injustificable porque puede comprometer decisivamente la obtención de las finalidades de política-criminal que auspician la reforma, al tiempo de estimular un preocupante fenómeno de suplencia judicial en la búsqueda de soluciones a los muchos problemas que provocará el tratamiento procesal de estos nuevos sujetos pasivos del proceso penal. Dificultades que derivan también de la capacidad de modificación, la volatilidad, con la que actúan las personas jurídicas en el tráfico jurídico, siendo las fusiones, escisiones, mutaciones de formas societarias, absorciones, cesiones globales de activo y pasivo, traslados de domicilio..., mecanismos frecuentes de desarrollo de la actividad para la que los entes colectivos han sido creados., y que hacen más complicado identificar a quién, dónde, desde cuándo y bajo qué criterios, cabe imputar responsabilidad penal a los entes colectivos.

La inaceptable situación de anomia en el régimen procesal tendente a declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, va a suponer una notable transformación de los mecanismos procesales mediante los cuales dicha responsabilidad puede hacerse efectiva.

Las cuestiones que pueden surgir a causa de la falta de previsión de normas procesales de los nuevos sujetos activos son muchos. En el debate salieron las siguientes:

¿La persona jurídica puede ser considerada titular de derechos fundamentales?. El Tribunal Constitucional, en Sentencias 64/1988 y 139/1995, ha transferido a las personas jurídicas la titularidad de determinados derechos, toda vez que la persona jurídica sirve como instrumento y manifestación de las expectativas de realización, autonomía, libertad y dignificación de las personas físicas. ¿Qué concretos derechos pueden serles reconocidos? Tiene que darse una relación funcional entre un determinado derecho y el favorecimiento de los intereses de las personas

físicas merecedoras de la protección constitucional, y es preciso que el contenido del derecho pueda ser funcional y materialmente ejercido o disfrutado por la persona jurídica. Así, se les reconoce el derecho al honor, a participar en el proceso, de asociación... No obstante, cabe identificar zonas de penumbra (la jurisprudencia constitucional no se muestra estable y precisa respecto al alcance de sus decisiones) y de sombra (la jurisprudencia constitucional no se ha pronunciado de forma expresa), respecto a la titularidad de determinados derechos fundamentales por parte de la persona jurídica. Un ejemplo de zona de penumbra lo encontramos en el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Si bien el Tribunal Constitucional ha cuestionado la transferencia de la titularidad de dicho derecho a las personas jurídicas considerando que el objeto de la protección es la morada, la Sentencia 137/1985, extiende la titularidad del derecho a las personas jurídicas cuando en el domicilio social pueda identificarse un espacio de ejercicio de la actividad profesional y de salvaguarda de intereses esenciales para el desenvolvimiento de la actividad societaria.

En cuanto a las zonas de sombras, la conforman todos aquellos derechos respecto de los cuales el Tribunal Constitucional no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre su titularidad por las personas jurídicas, como derecho a la defensa letrada gratuita, derecho al intérprete, derecho a la no autoincriminación, derecho de acceso al proceso...

Derecho a la asistencia letrada. Es incuestionable que la persona jurídica tiene derecho a ser asistida por letrado desde el arranque del proceso con la misma posición activa y con el mismo alcance que las personas físicas imputadas, siendo de oficio si no designa particular. Pero, ¿tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita? Actualmente la Ley de Asistencia Jurídica 1/1996 lo impide, al partir su regulación de un principio general de las personas jurídicas. Por lo que sería necesaria una reforma al respecto y una regulación expresa de las condiciones de acceso por las personas jurídicas al sistema de prestación pública.

Derecho al intérprete. El problema que se puede plantear es el de la persona jurídica extranjera que tiene su domicilio social fuera del territorio nacional, debiéndose informar en este caso en la lengua del país donde se ubica, salvo que tenga centros de decisión o de representación en España pudiéndose presumir el conocimiento de la lengua oficial o cooficial

española. Asimismo, parece que el derecho al intérprete debe activarse en atención a las necesidades lingüísticas de la persona física que asume la representación defensiva de la persona jurídica.

Derecho a la no autoincriminación. Este derecho implica los derechos de la persona acusada al silencio y a no responder a alguna o a todas las preguntas que se le formulen y a no declararse culpable, extendiéndose su contenido a la prohibición de toda coerción para que la persona acusada se vea obligada a aportar datos o materiales probatorios sobre los que pueda acreditarse su responsabilidad penal. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha calificado de contrarios al derecho a la no autoincriminación, los comportamientos de las autoridades estatales destinados a obtener declaraciones de voluntad o de facilitación de documentos mediante el establecimiento de multas, aunque aquéllos puedan proceder de actuaciones de orden fiscal o impositivo. La cuestión es identificar en qué supuestos y en qué grado son constitucionalmente compatibles con el contenido esencial del derecho analizado, mecanismos de coerción destinados a procurar una cooperación activa en la obtención de elementos de incriminación que aun producidos en el curso de un procedimiento administrativo, puedan tener relevancia probatoria en un posterior proceso penal incoado en su contra. Es preciso interpretar y modular el derecho a la no autoincriminación que permita la extensión de su titularidad a favor de las personas jurídicas e identificar su contenido esencial y su específico componente reactivo.

Derecho de acceso al proceso. ¿Se puede trasladar el estatuto de protección ius procesal de las personas físicas en bloque a las personas jurídicas? ¿Cómo puede y debe realizarse el acceso de la persona jurídica como imputada al proceso? ¿A quién debe dirigirse el traslado de la *notitia criminis*? Es necesaria la hominización, ya que no únicamente se debe trasladar la información al domicilio social de la persona jurídica sino que es necesario que asegurarse que el contenido de la información transmitida llega a alguna de las personas físicas que asumen un rol de dirección o representación, ya que dicha persona física será quien ostentará la capacidad de ejercicio de los derechos que asisten a la persona jurídica. Asimismo, la hominización sirve para que los mecanismos de sujeción se hagan efectivos. El problema que se puede plantear es el conflicto de

intereses defensivo con el representante de la persona jurídica que en un buen número de supuestos también será llamado a la causa como imputado. ¿Quién asume la posición procesal de la persona jurídica? Podría ser un mandatario o defensor judicial próximo a la figura de los administradores concursales, surgiendo varias cuestiones en torno a cómo se nombra, a quién... El representante defensivo ¿puede declarar como imputado? Hay quienes sostienen que no sería necesario y que bastarían las alegaciones por escrito presentadas por el Letrado de la persona jurídica. ¿La responsabilidad de las personas jurídicas es objetiva? Se tendrá que exigir un elemento culpabilístico, al menos que el deber incumplido pueda ser cumplido. Es necesario identificar nuevos criterios normativos de imputación penales alejados de los estándares de responsabilización civil hasta ahora aplicados. Asimismo, van a surgir problemas de individualización del círculo de responsables. ¿Cabe que los socios se personen como acusación particular? Sí pudiendo existir problemas en las SRL o las sociedades colectivas.

## II. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

### Artículo 132.2

*2. La prescripción se interrumpirá , quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin la condena de acuerdo con las reglas generales siguientes:*

*1.ª Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.*

*2.ª No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de la formulación de la denuncia.*

*Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.*

*Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.*

*3.ª A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho.*

Resulta cuestionable la supresión de los 3 años que antes se exigía para computar la prescripción en los delitos menos graves, siendo sustituido dicho plazo por el más amplio de 5 años, toda vez que actualmente, hay

mayor facilidad para investigar los delitos siendo innecesario incrementar el plazo de la prescripción.

La mayor novedad reside en la exigencia de una resolución judicial motivada atribuyendo a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, para interrumpir la prescripción. ¿Qué se entiende por resolución judicial motivada? ¿Es preciso una resolución análoga al auto de procesamiento o basta como indicio la mera denuncia? Surgen varias cuestiones, toda vez que en muchos supuestos no existirán elementos para motivar o exponer la base indiciaria, como al parecer se exige, en el auto de incoación, por ejemplo cuando se incoa tras la presentación de una mera denuncia y que la situación que plantea la nueva regulación puede suponer un problema para las instrucciones complejas en las que la imputación no deriva fácilmente de los primeros hechos conocidos. Parece existir una apuesta del legislador por introducir un acto formal de imputación en todos los procedimientos penales, diferenciando incoación e imputación, aunque las exigencias de motivación en la imputación, la intensidad de los indicios y el número de éstos han de estimarse en un sentido de gradación pues no pueden ser los mismos o de idéntica intensidad que los indicios racionales de criminalidad exigidos para el paso a fase intermedia.

Asimismo, hay varias resoluciones cuya finalidad no es dirigir la imputación pero que no obstante son aptas para interrumpir la prescripción, como por ejemplo autos de prisión, de alejamiento, de intervenciones telefónicas... Respecto a la aplicación al ámbito de las faltas, la cuestión planteada es la inexistencia de un auto de imputación, planteándose si bastaría adjuntar con el auto incoando copia de la denuncia.

Se plantea que el efecto procesal de la nueva regulación nos lleve a revisar la condición de imputado.

Problemas también plantea el derecho transitorio, ya que para decidir la ley más favorable hay que combinar una norma sustantiva y otra procesal, en cuanto que la norma sustantiva actual es más perjudicial en cuanto al plazo pero más favorables en las cuestiones o tratamiento procesal.



### III. LA NUEVA REGULACIÓN DEL COMISO. EL COMISO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO Y GRUPO CRIMINAL.

#### Artículo 127

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

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

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

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

#### Artículo 385 bis

El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128.

#### Artículo 570 bis

1.- Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:

- a) esté formada por un elevado número de personas.
- b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.
- c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Si concurrieren dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

3. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

#### Artículo 570 ter

1. Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados:

a) Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.

b) Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.

c) Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de faltas, debiéndose imponer en este último caso la pena en su mitad inferior, salvo que la finalidad del grupo fuera la perpetración reiterada de la falta prevista en el número 1 del artículo 623, en cuyo caso podrá imponerse la pena en toda su extensión.

A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando el grupo:

- a) esté formado por un elevado número de personas.
- b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.
- c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o de transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

*Si concurrieran dos más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.*

El Código Penal ya regulaba el comiso para los delitos contra la seguridad del tráfico, ya que fue la reforma del año 2007 la que de forma un tanto anómala introdujo el comiso para los conductas referidas a la conducción suicida, lo cual planteó si efectivamente se trataba de una disposición especial para ese tipo delictivo o podía entenderse que se trataba de una previsión de carácter genérico para todos los delitos contra la seguridad vial. En la práctica se entendió que la previsión concreta para el tipo delictivo de la conducción suicida no afectaba a la regulación general del comiso.

La nueva regulación, que incorpora un nuevo artículo, el 385 bis, y que contiene una remisión al régimen general de los artículos 127 y 128 es mucho más lógica, máxime si se tiene en cuenta que permite una moderación en el comiso, sobre todo cuando afecta a terceros.

Una de las novedades más importantes que presenta la regulación del comiso es la presunción de ilicitud de procedencia de los bienes que se establece en el párrafo segundo del artículo 127.1, presunción que debe entenderse de carácter *iuris tantum*, pero que resulta especialmente preocupante por los efectos extensivos que pueden darse teniendo en cuenta la confusa regulación que ha dado la reforma a las organizaciones y grupos criminales.

Una precisa definición de organización criminal venía siendo reclamada de forma reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente en la medida en que el delito de asociación ilícita resultaba de difícil encaje para muchos supuestos de delincuencia organizada.

En realidad lo que ha hecho la nueva regulación es recoger los requisitos que la jurisprudencia había establecido para la asociación ilícita: a)

pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilicitud de la actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción en tiempo y lugar (SSTS de 14 y 7 de julio de 2010).

No obstante los problemas más importantes surgen en la regulación de los grupos criminales en el artículo 570 ter, especialmente en la propia definición que da el precepto a ese concepto de grupo criminal.

En efecto, de una primera lectura del precepto puede entenderse que caracteriza el grupo criminal el concierto para la comisión de "delitos", pero en realidad no es así por cuanto en el primer apartado del precepto dedicado a la determinación de las penas a imponer, se hace referencia expresa a la comisión de "uno o más delitos"; con lo que debe afirmarse que cabe la posibilidad de que se pueda apreciar la existencia de grupo criminal cuando existe concierto de dos o más personas para la comisión de un solo delito. Ello nos lleva a considerar que en estos casos lo que conforme a las normas generales de participación sería un supuesto de coautoría, esta coparticipación, en una interpretación literal del artículo 570 ter, daría lugar a la apreciación de grupo criminal, y en último término a estimar que la coautoría desaparece salvo que se trate del concierto de únicamente dos personas.

Puede resultar realmente desproporcionado que pueda acordarse el comiso extensivo cuando se aprecie grupo criminal por la comisión de un solo delito.

Ciertamente los requisitos que deben concurrir para la apreciación de la coautoría son más exigentes que los que con la nueva regulación se establecen para la concurrencia del grupo criminal, no bastando el concierto de más de dos personas para apreciarla.

En el debate sobre esta cuestión se han realizado las siguientes aportaciones:

- o No puede hacerse una interpretación literal del artículo 570 ter al margen de las normas generales sobre la participación criminal. Ello nos llevaría a una pluspunición injustificada en términos de antijuricidad en los casos de conductas delictivas en las que de forma habitual y natural se requiere la aportación de diversos sujetos y habitualmente no se aprecia la coautoría. Así por ejemplo en el delito de tráfico de drogas, de forma generalizada se apreciaría el grupo criminal cuando no existe prueba suficiente para una condena por organización.
- o Lo que distingue el grupo criminal de la organización criminal es que en el grupo no se da la nota de permanencia, pero en realidad es también lo que lo distingue de la coautoría. Efectivamente el dato clave es la no exigencia de estabilidad, hasta el punto que el grupo criminal se admite con la comisión de un solo delito.
- o Debería exigirse una cierta estabilidad o permanencia también en la configuración del grupo criminal, de forma que la diferencia puede ser que la función dentro del conjunto de personas en el grupo criminal se refiera a conductas propias de la organización del conjunto de personas y no a los concretos actos delictivos, sin perjuicio de una eventual participación accidental en el momento de la ejecución. Una posibilidad para delimitar el concepto de grupo podría venir dada, por tanto, por la exigencia de que la concertación se refiera a la posición dentro del propio grupo.
- o Debe tenerse en cuenta que en el grupo criminal todos los partícipes tienen la misma pena, mientras que en la organización criminal, la determinación penológica se realiza teniendo en cuenta la organización jerárquica.
- o La delimitación del grupo criminal habría de venir por la aplicación de los criterios de la coautoría.
- o Se constata que en realidad el legislador, con la introducción de esta figura delictiva, lo que ha tratado es de hacer frente a casos concretos de delincuencia que se producen en grandes ciudades, en concreto a los grupos de personas que se concertan para cometer hurtos, y en realidad tiene la misma configuración que la antigua agravante de cuadrilla.

#### IV. OBTENCIÓN DE MUESTRAS SALIVARES

Artículo 796.7ª.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

*La práctica de las pruebas de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial.*

*Las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor y ciclomotores serán realizadas por agentes de la policía judicial de tráfico con formación específica y sujeción, asimismo, a lo previsto en las normas de seguridad vial. Cuando el test indicativo salival, al que obligatoriamente deberá someterse el conductor, arroje un resultado positivo o el conductor presente signos de haber consumido las sustancias referidas, estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente, que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia.*

*Todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina u otras análogas. Cuando se practiquen estas pruebas, se requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al Juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores.*

Se constata en esta materia una banalización de las medidas de intervención corporal leve; y en este sentido llama la atención la evolución legislativa y de la práctica judicial que contrastan con las limitaciones que ha establecido la jurisprudencia constitucional. De estos límites constitucionales prescinde nuevamente el nuevo artículo 796.7.1.

Esta banalización es realmente preocupante cuando lo que se trata es de la obtención de muestras que pueden dar una información enormemente invasiva para el sujeto, como es la obtención de los marcadores de ADN.

Los supuestos más problemáticos con los que nos vamos a encontrar son muchos.

Entre ellos destaca en primer lugar la cuestión del consentimiento para la obtención de saliva para determinación del ADN para su inclusión en la base de datos de la persona detenida. Resulta realmente sorprendente que si para otorgar el consentimiento de la persona detenida, dada su especial situación de vulnerabilidad, es necesaria la asistencia de letrado cuando se trata de consentir la entrada y registro en su domicilio, no se exija cuando se trata de la obtención de saliva para la determinación del ADN. En este

sentido la STS de 7 de julio de 2010 afirma que la prestación del consentimiento por detenido precisa de la asistencia de letrado.

En segundo lugar debe hacerse referencia a la estrategia que se ha ideado en nuestro derecho procesal para la obtención del perfil de ADN acudiendo a las llamadas "muestras atribuidas" (por ejemplo recogidas en la ropa, en objetos...); que se aprehenden para fines de investigación criminal prescindiendo absolutamente del consentimiento del sujeto pasivo. En otros supuesto se prescinde del consentimiento del sujeto investigado con la obtención del material que va a permitir la obtención de la muestra corporal mediante una argucia o engaño, tal es el supuesto recientemente ocurrido en nuestro país en el que se obtuvo la muestra salivar mediante un simulado control de alcoholemia, cuyo fin real era precisamente esa obtención para la identificación del sospechoso por otro delito.

También merece una consideración especial los supuestos en los que el sujeto afectado es un menor de edad. La Ley Orgánica 10/2007 reguladora de las bases de datos de ADN no contiene una mención o regulación específica para los menores de edad, pero parece evidente que se encuentran incluidos en las categorías a las que se refiere la ley cuando identifica a los sujetos con respecto a los cuales se pueden obtener los marcadores genéricos para su inclusión en la base de datos cuando se refiere a "sospechosos, detenidos o imputados".

Pero la pregunta que necesariamente surge es en qué condiciones se realizará la obtención, se realizarán los análisis y se incluirán los datos en la correspondiente base.

Parece que no será necesaria la asistencia de letrado, como en relación a los mayores de edad (salvo el supuesto de detención), pero debe considerarse necesario que el consentimiento que debe prestar el menor se realice en presencia de sus representantes legales. Es cierto que el consentimiento debe prestarlo el menor, pero es precisa la asistencia de quien le representa. Y en tal sentido debe recordarse que en las instrucciones de la policía científica se señala que esa intervención no es necesaria.

Otra cuestión que surge al hilo de las intervenciones corporales leves sobre menores de edad, es qué menores pueden ser objeto de las mismas. La

respuesta parece clara: a los menores a partir de catorce años, en la medida en que pueden ser menores infractores.

En ningún caso debería ser posible que un menor de catorce años pudiera soportar este tipo de injerencias en un contexto investigador.

No obstante se señala que recientemente se ha planteado el problema y parece que la fiscalía ha elaborado un informe en el que no se descarta que también puedan ser objeto de esa pesquisa los menores de catorce años a los fines de adoptar medidas de protección, argumentando en el sentido de que cómo se puede proteger a un menor si se desconoce si es autor de un delito.

Debe ser rechazada de forma clara esta posibilidad ni aún con la argumentación esgrimida, por cuanto parece evidente que para saber si un menor es autor de un delito será necesario celebrar el correspondiente juicio, lo que nuestro ordenamiento penal ha prohibido en relación a los menores de catorce años.

Otras cuestiones que han surgido en los debates son las siguientes:

- o En todos estos casos en que se estima que la obtención del material genético que ha permitido la obtención de los marcadores de ADN se ha realizado con vulneración de derechos fundamentales, existe una problemática adicional en tanto que la garantía de la no utilización de las pruebas nulas se convierte en inoperante, ya que el único efecto que se producirá es la nulidad de la prueba, pero nada impedirá que la autoridad judicial pueda obtener de nuevo la prueba de forma regular con efectos convalidadores.
- o En tal sentido se objeta que si la prueba es ilícita, si el órgano judicial quiere volver a obtener la prueba, deberá hacerlo en base a indicios que la justifiquen que obedezcan a razones distintas a las que motivaron la primera intervención que se reputó nula.
- o Si bien parece que debe ser admisible la obtención del perfil de ADN de los menores de edad, es más que discutible que se pueda guardar y utilizarlo cuando ya es menor de edad, ya que en este punto debe tenerse en cuenta las especiales normas sobre la responsabilidad de



los menores que impiden o limitan el acceso a datos sobre los mismos.

- o Una interpretación estricta del artículo 796 debería llevar a entender que una cuestión es la obtención de muestras salivares para la investigación del delito contra la seguridad del tráfico, y cuestión muy distinta es la introducción de los datos así obtenidos en las bases de datos de ADN, con las que se pretende, según se desprende de la normativa reguladora, la utilización para la investigación de otros delitos.
- o En el mismo sentido se señala que la Ley 10/2007 debiera haber previsto que la inclusión en la base de datos se realizara por mandato judicial y no por decisión de la policía judicial.
- o Se señala que no debieran ser admisibles las llamadas "muestras atribuidas" ya que en definitiva supone "crear" pruebas dentro del propio proceso, en el propio círculo del proceso.
- o En este sentido se argumenta, en relación a las "muestras atribuidas" que el problema no está tanto en su obtención como en el análisis con fines de investigación. La decisión de proceder al análisis de una muestra precisa de una ponderación de acuerdo con los parámetros constitucionales, establecidos ya de forma constante por el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones, como por ejemplo en la STC 25/2005. Por ello el análisis de la muestra con fines de investigación precisa autorización judicial, no puede realizarse por una decisión autónoma de las fuerzas policiales.
- o Se afirma que en términos generales el problema está en la situación de incerteza de lo que es realmente la investigación, y debería partirse de la imposibilidad de que la policía realice por si misma actuaciones que puedan afectar a derechos fundamentales.

## V. LA REFORMA DE LOS PERÍODOS DE SEGURIDAD

### Artículo 36.2

*2. Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.*

*En cualquier caso cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma.*

- a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.*
- b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.*
- c) Delitos del artículo 183.*
- d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.*

*El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.*

Los llamados períodos de seguridad fueron introducidos en nuestro ordenamiento penal en la reforma operada por la LO 7/2003 sobre cumplimiento íntegro y efectivo de las penas de prisión, y fueron regulados conforme a los siguientes parámetros:

- a) Su ámbito venía referido a penas de prisión superiores a cinco años.
- b) El carácter de la medida se configuró como imperativa para el órgano sentenciador.
- c) El período se concretaba en la inaccesibilidad al tercer grado penitenciario hasta el cumplimiento de la mitad de la condena impuesta<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Se debe recordar que el art. 78 CP, desde la reforma del año 2003 establece en su apartado primero: "Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la

d) Ese régimen imperativo podía ser “revisado” durante la ejecución conforme al siguiente régimen: decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria, audiencia de Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y “demás partes”, presupuesto de *pronóstico individualizado favorable de reinserción social* y valorando *circunstancias personales y evolución del tratamiento reeducador*. Como excepción, no cabía dicha revisión en dos supuestos: delitos de terrorismo (SII, CV, TXXII) y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Ya en ese momento la introducción de los períodos de seguridad fue objeto de críticas, tanto desde un punto de vista formal, en cuanto supuso la introducción en el Código Penal de una normativa propia de la ejecución penitenciaria, y por tanto debería ser objeto de regulación en la legislación específicamente penitenciaria; y asimismo desde un punto de vista material al implicar la imposibilidad de que la evolución al tercer grado se produjera acorde a normas individualizadas del denominado sistema de individualización científica (art. 72.1 LOGP).

La reforma de 2010 mantiene la existencia de esos períodos pero con diversas y fundamentales alteraciones:

- a) el ámbito sigue siendo el mismo, si bien con un régimen especial en determinados delitos.
- b) la medida pasa a ser potestad del órgano sentenciador.
- c) el período sigue caracterizado por la inaccesibilidad al régimen de tercer grado.
- d) Cuando sea impuesto en sentencia se mantiene el mismo régimen de excepción por JVP.
- e) las excepciones ahora lo son tanto a la posibilidad de no imponer en sentencia ese período como de, caso de ser impuesto, revisarlo por el JVP. Es decir, necesariamente, en penas superiores a cinco años, se impondrá ese período cuando se trate de los siguientes cuatro supuestos: a) delitos de terrorismo, b) ejecutados en el seno de organización o grupo criminal, c) artículo 183 y d) CV TVIII LII y se trate de menores de trece años.

---

totalidad de las penas impuestas en las sentencias.”, con lo que esta limitación del art 36 sólo debería afectar a la clasificación en tercer grado y no a otro tipo de beneficios.

Los problemas interpretativos que puede plantear el precepto podemos resumirlos en los siguientes:

1. Siendo una facultad del tribunal, ¿es necesaria la petición de parte?: entendemos que sí, dado que no se trata de una consecuencia legal necesaria en unos determinados supuestos, con lo que se precisaría excitación de parte para poder acordar lo que no deja de ser un sistema agravado de cumplimiento penitenciario.

2. ¿Qué criterios deben ser atendidos para decidir la imposición de ese sistema?:

Partimos de entender como exigencia lógica el razonamiento en sentencia individualizado, no sólo por la obligación general de motivación, sino por tratarse de la imposición de un sistema más duro de cumplimiento.

3. ¿A qué cómputo de penas se debe atender?:

Se debe atender a la pena que por un solo delito supere los cinco años, a la suma de las penas en una sola sentencia aún por varios delitos o a las diversas condenas incluso si se imponen en sentencias diferentes?. Entendemos que sólo cabe acordar este régimen en caso de que la pena por un delito sea superior a cinco años ya que el artículo habla de la pena y de no usa el plural ni se refiere a la pena a cumplir, como sí hace en el art. 78 CP<sup>2</sup>.

4. ¿Qué régimen transitorio resulta aplicable?:

Entendemos que nos hallamos ante una reforma que supone un beneficio para el reo condenado a penas superiores a cinco años, en cuanto anteriormente se imponía necesariamente un período de seguridad que ahora pasa a ser una posibilidad. La regulación que surge de la Ley de 2010 exige que para que se produzca esa restricción en la posibilidad de acceso al tercer grado exista una decisión judicial expresa y motivada e individualizada. Por lo tanto, cualquier condenado al que no se halla impuesto esa restricción de esa forma individualizada, no debería verse

---

<sup>2</sup> Se debe recordar que IIPP interpretó la anterior redacción precisamente en el sentido más punitivo al afirmar que se aplicaba a aquellos penados que por suma aritmética de penas o por refundición de condenas sumara más de cinco años de prisión. Vid Instrucción 9/2003, de 25 de julio.

sometido a la misma presuponiendo que, de haber existido esa exigencia, el tribunal sentenciador hubiera optado por su aplicación.

Las cuestiones que se han planteado en el debate son las siguientes:

- o La primera cuestión que surge necesariamente es qué sentido tienen esos periodos de seguridad, y por qué motivo el legislador no confía en el sistema penitenciario, basado en el sistema de individualización científica y establece estos límites a priori.
- o Es necesaria una motivación reforzada cuando se trata de establecer en sentencia el período de seguridad, por cuanto se trata de un régimen de cumplimiento excepcional, que impide la clasificación en tercer grado y con ello también la libertad condicional, con lo que afecta de forma directa a la duración efectiva de la pena privativa de libertad. El problema lo encontramos en determinar conforme a qué parámetros se acordará el período de seguridad y por tanto cómo se va a motivar, ya que la Exposición de Motivos se refiere únicamente a las circunstancias del reo y las características del hecho, marcadores que ya vienen determinados en el Código Penal para la individualización de la pena.
- o Es acertado estimar que es posible la aplicación inmediata a la entrada en vigor de la reforma de los periodos de seguridad atendiendo al concepto que se manejaba en el Informe del CGPJ a la reforma de 2003 en el sentido de que se trata en puridad no de normas penales sustantivas sino de normas sobre el cumplimiento de la pena que pueden aplicarse en el momento en que se produzca la situación penitenciaria que regulan.
- o Sería conveniente realizar un estudio en profundidad de la aplicación de los periodos de seguridad por cuanto en la legislación que ahora se modifica ha afectado a un gran número de penados<sup>3</sup>, y la práctica demuestra que la reversión al régimen general de cumplimiento por decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria es realmente excepcional.

---

<sup>3</sup> Debe tenerse en cuenta que según los datos facilitados por la Secretaría de Servicios Penitenciarios de la Generalitat de Catalunya la duración media de la pena de prisión de los penados en los establecimientos penitenciarios de Catalunya se encuentra por encima de los siete años.

## VI . LA NUEVA MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA

### Artículo 106

1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento al condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar en que el Juez o Tribunal establezca.
- c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.
- e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- h) La prohibición de residir en determinados lugares.
- i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que pueden ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.

En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.

Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas.

Asimismo el penado a quien se hubiera impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dando el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las

*cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente.*

*3. Por el mismo procedimiento del artículo 98, el Juez o Tribunal podrá:*

*a) Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas.*

*b) Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.*

*c) Dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior se dé en el momento de la concreción de las medidas que se regula en el número 2 del presente artículo.*

*4. En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código.*

Una de las novedades más importantes que presenta la reforma que comentamos es la incorporación de la figura de la libertad vigilada.

De la lectura de la Exposición de Motivos del Proyecto de reforma se deduce que forma clara que con la nueva figura de la libertad vigilada se pretende dar una solución en términos de respuesta penal a aquellos penados, condenados por determinados delitos, que habiendo extinguido su responsabilidad criminal, siguen presentando un alto nivel de peligrosidad, entendida como grave riesgo de reincidencia. Ciertamente nuestro marco normativo no preveía hasta la presente reforma mecanismo alguno para hacer frente a este fenómeno.

No obstante debe hacerse constar que no faltan opiniones que apuntan que aceptado el principio de que el cumplimiento de la pena extingue la responsabilidad criminal, cualquier restricción de derechos impuesta *a posteriori* en virtud de un pronóstico desfavorable pueda traducirse, más allá del *juego de etiquetas*, en una medida de seguridad predelictual.

La medida de libertad vigilada aparece configurada en la reforma como una medida de seguridad, que consiste en someter al penado a determinadas medidas de control o vigilancia; a diferencia de la regulación que se proponía en el Anteproyecto de la reforma en el que se configuraba como una pena accesoria de cumplimiento sucesivo a la pena principal privativa de libertad.

La regulación de la libertad vigilada establece una presunción *iuris tantum* de peligrosidad, por cuanto el sistema que se incorpora parte de la presunción de que la peligrosidad de las personas en el momento de ser condenadas por la comisión de determinados delitos subsistirá tras el cumplimiento de la pena de prisión.

No es una medida privativa de libertad, si bien sí limitativa de libertad, limitación que tendrá diversa intensidad en función de las medidas concretas que se impongan. Es una medida de control del sujeto.

En lo que se refiere en primer término a los supuestos en los que esta medida resulta aplicable, el propio artículo 106, en su apartado segundo, señala que el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa el propio Código. Se trata, por tanto, de una medida con régimen de imposición obligatorio. El legislador ha previsto únicamente dos supuestos en los que se impondrá la libertad vigilada: los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual, según dispone el artículo 192, y los delitos de terrorismo, conforme al artículo 579.3.

Debe destacarse que la imposición con carácter obligatorio se ha vinculado a la condena por la comisión de determinados tipos delictivos ubicados en estos grupos de tipos delitos del Código Penal; de lo que se deduce que se trata de una imposición desvinculada de cualquier juicio o pronóstico de de peligrosidad por lo menos en el caso concreto; de forma que en cierto modo el juicio de peligrosidad aparece como abstracto, y por tanto derivado exclusivamente de la tipología delictiva.

Únicamente el legislador ha excepcionado la posibilidad de imponer la medida de libertad vigilada al delincuente primario condenado por delito no grave tanto en los casos de delitos sexuales como en delitos de terrorismo, caso en que sí podemos detectar una cierta vinculación al pronóstico de peligrosidad aplicado al sujeto en concreto.

Debe valorarse de forma positiva la limitación de la duración máxima de la medida de libertad vigilada en Ley Orgánica respecto al proyecto en el que se establecía una duración máxima de veinte años.



En lo que se refiere al contenido de la medida de seguridad de libertad vigilada, en el propio artículo 106 se señalan cuáles son las medidas que pueden integrarla: la obligación de estar siempre localizable, la obligación de presentarse periódicamente en un lugar determinado, la de comunicación del cambio de residencia o de trabajo, la prohibición de ausentarse de un determinado lugar, la prohibición de aproximación a la víctima, prohibición de acudir a determinados lugares, la prohibición de residir en determinados lugares, la prohibición de desempeñar determinadas actividades, la obligación de participar en determinados programas formativos y la obligación de seguir tratamiento o controles médicos.

Se trata de un catálogo de medidas de carácter cerrado, de forma que las enumeradas en el artículo 106 son las únicas que pueden integrar la libertad vigilada, todas o alguna de ellas, y no cabe la imposición de medidas distintas a éstas.

Por su contenido vemos que tienen diversa finalidad, y hay algunas que propiamente tienden al control del penado y a evitar su comisión de nuevos delitos, otras que tienden a dar protección a las víctimas y otras simplemente tienen carácter de prevención general.

En cuanto a la determinación del contenido de la libertad vigilada, como hemos visto la imposición se realiza en la sentencia condenatoria, y se impondrá dentro de los márgenes señalados que establecen respectivamente los artículos 192 y 579.3 del Código, y se concretará justo antes de la extinción de la pena privativa de libertad.

Por tanto, el órgano sentenciador se limitará en la sentencia a la imposición de la libertad vigilada *in genere*, es decir, sin concreción de su contenido, fijando únicamente el límite máximo de duración, y el contenido concreto, las obligaciones específicas, las impondrá a tenor de la propuesta que efectúe el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

El Juez o Tribunal sentenciador resolverá de forma motivada, y en este punto es evidente que el Juez o Tribunal sentenciador para determinar el contenido de la medida de seguridad deberá atender de forma fundamental a la referida propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, pues el primero carecerá de parámetros en los que puede fundamentar su decisión, mientras que la propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria estará

fundada en los informes correspondientes sobre la evolución del tratamiento penitenciario del penado y especialmente sobre el pronóstico de reincidencia.

Cabe plantear si el órgano sentenciador está vinculado por imperativo del principio acusatorio a la extensión de la libertad vigilada solicitada por las partes acusadoras, no ya a la imposición misma que como hemos visto resulta preceptiva. En tal sentido debe tenerse en cuenta la menor intensidad de la vigencia que de este principio en la aplicación de las medida de seguridad ha afirmado el Tribunal Supremo, en el sentido de que "el principio acusatorio no puede regir en relación con las medidas de seguridad, consecuencia de la peligrosidad del sujeto, como si se tratase de la imposición de una pena, sistema dual que opera en planos distintos; cuestión diferente es que la persona sujeta a las mismas goce del necesario derecho de defensa que ha de resolverse asegurando la vigencia del principio de contradicción" (SSTS 22 de octubre de 2008 y 11 de junio de 2009).

Una de las ideas esenciales de la regulación de la medida de seguridad de libertad vigilada, es que si bien en su imposición se establece, como ya se ha visto, un cierto automatismo, en cuanto que la misma es obligatoria salvo casos puntuales, en lo que se refiere a su ejecución se establece un principio de flexibilidad, acorde por otra parte con la fase de ejecución penal, y que puede llevar al Juez incluso de dejar sin efecto la medida en caso de que exista un pronóstico positivo de reinserción. En este sentido, conforme al artículo 98, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida en base a los informes anteriormente referidos, a la vista de los cuales y conforme al artículo 106.3 el Juez o Tribunal tendrá las siguientes posibilidades: a) Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas; b) Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas; o c) Dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia anterior se dé en el momento inicial de imposición de la medida.

Por tanto el juicio de peligrosidad concreto que no aparece en el momento de la imposición de la medida de seguridad en la sentencia, sí está presente en el momento de su ejecución, de forma que resultará fundamental para el mantenimiento, modificación o incluso la extinción de la libertad vigilada el pronóstico del sujeto sometido a la libertad vigilada.

No obstante se observa que nada se establece en la regulación de la libertad vigilada para el supuesto de que en el momento de la finalización de la pena de prisión y la concreción de la medida de seguridad, el penado se encuentre clasificado en tercer grado de tratamiento penitenciario o en libertad condicional. El silencio del legislador probablemente obedece a la creencia de que los condenados por los delitos que llevan aparejada la medida de seguridad de libertad vigilada suelen cumplir la pena hasta su finalización en régimen penitenciario ordinario; no obstante en caso de que se produjera tal circunstancia parece claro que la imposición de la libertad vigilada no podrá suponer un régimen más restrictivo que el que venía disfrutando el penado en el momento del licenciamiento, máxime teniendo en cuenta las facultades de las que dispone el Juez o Tribunal sentenciador en el momento de determinar el contenido concreto de la medida de seguridad.

Tampoco se refiere el legislador al posible solapamiento de las medidas previstas en el artículo 106 con otras penas con el mismo contenido previstas en el Código Penal, como pueden ser por ejemplo las medidas de alejamiento.

Una cuestión que no aparece suficientemente clara en la regulación de la libertad vigilada es si se trata de una medida de seguridad aplicable no únicamente a los imputables, sino también a los inimputables o semiimputables.

Cuestiones que se han planteado en el debate:

- o Resulta poco justificada la introducción de esta medida de seguridad, que se puede configurar en la práctica como una "cadena perpetua revisable".
- o De la regulación se desprende de forma clara que es posible aplicarla a los imputables, pero también a inimputables y semiimputables.

- o El límite temporal de la duración de la medida de seguridad debería estar vinculada a la petición de las partes acusadoras.
- o En ningún caso puede admitirse que el contenido de la libertad vigilada suponga un régimen de control más restrictivo que el que tenía el penado en el momento de la finalización del cumplimiento de la pena privativa de libertad.
- o La selección de tipos delictivos resulta sumamente discutible, y la medida únicamente resultaría aceptable en los últimos estadios del cumplimiento de la pena privativa de libertad, y siempre en función de las necesidades del tratamiento penitenciario.

## VII. LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES.

### Artículo 178

*El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de 1 a 5 años.*

### Artículo 180

*Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de 5 a 10 años para las agresiones del artículo 178, y de 12 a 15 años para las del artículo 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

*3º cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.*

### Artículo 181

*2º A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.*

*4º En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de 4 a 10 años.*

### Artículo 182

*1º El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses. 2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.ª, o la 4.ª, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.*

*2º cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, la pena será de prisión de 2 a 6 años.*

### Artículo 183

*1º El que realice actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años. 2º Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. 3º Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2. 4º Las conductas previstas en los*

*tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años. b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor. f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades. 5° En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.*

#### Artículo 183 bis

*El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189 (utilización para la pornografía), siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.*

El contenido esencial de la reforma en los delitos sexuales reside en la concentración normativa y agravación punitiva de los atentados contra menores de trece años, en el nuevo artículo 183, se impone la libertad vigilada con carácter obligado como regla general a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad a los condenados a penas de prisión por uno o más delitos contra la libertad sexual, con una duración de hasta 10 años, y la criminalización de nuevos atentados contra la libertad e indemnidad sexual de menores (como el *child grooming*, que supone el acercamiento de un adulto a un menor a través principalmente de las redes sociales para ganarse su confianza y abusar sexualmente de él). Conviene llamar la atención de que la mayor protección de las víctimas no necesaria o solamente pasa por agravar las penas sino que sería necesario articular políticas de prevención y medidas de carácter multidisciplinar de atención a las víctimas.

Cuestiones surgidas en el debate:

- o Se cuestiona la introducción del nuevo redactado del párrafo segundo del artículo 181, en cuanto el abuso sexual anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos o drogas, toda vez que dicha modalidad de abuso estaba incluida o se aplicaba como supuesto de privación de sentido, entendiéndose que el tipo penal se aplicaba, tanto cuando el autor se aprovechaba de que la víctima se encontraba en esa situación de privada de sentido como en aquellos en los que el autor provocaba la privación de sentido para obtener una ventaja sexual.
- o Al haberse determinado en el nuevo tipo de abusos y agresiones sexuales del artículo 183, la edad del sujeto pasivo, menores de 13 años, se dejan a los mayores de 13 años y menores de 18 años sometidos al régimen de los adultos, suponiendo una aplicación automática sin posibilidad de valorar o graduar las condiciones de madurez u otras circunstancias concurrentes.
- o No se ha solucionado el problema de compatibilidad entre el nuevo tipo de abusos y agresiones sexuales del artículo 183 con la corrupción de menores regulada en el artículo 189.4, recogiendo ambos tipos la misma conducta pero con una diferencia importante de penalidad, ya que el artículo 183 castiga el abuso sexual básico con la pena de prisión de 2 a 6 años y la corrupción de menores se castiga con la pena de prisión de 6 meses a 1 año.
- o El nuevo tipo penal llamado child grooming regulado en el artículo 183 bis plantea varios problemas al adelantarse la barrera punitiva ya que se está penando los actos preparatorios. Asimismo, ¿qué pasa cuando el sujeto activo tenga 14 años?.

## VIII. LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.

### Artículo 270.1, párrafo segundo

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

### Artículo 274.2, párrafo segundo

*No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.*

### Artículo 623.5

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

La principal novedad de la reforma en esta materia consiste en la introducción de los respectivos tipos atenuados de los párrafos 1 y 2 de los artículos 270 y 274 respectivamente.

La modificación de la regulación en esta materia venía siendo solicitada desde amplios sectores sociales, si bien debe tenerse en cuenta que la opción de legislador no ha sido la destipificación sino la reforma y el tratamiento más beneficioso para algunas de las conductas, cuya punición había sido más cuestionada.

Los principales problemas que se van a plantear se centrarán en la interpretación de los requisitos que se han establecido en los párrafos referidos para dar lugar a la apreciación de los subtipos privilegiados.



El primer problema interpretativo se refiere al concepto de distribución "al por menor", ya que la propia norma no lo define. En este caso debería entenderse por este tipo de distribución cuando el objeto de la misma sea algo que una persona pueda transportar.

También presenta problemas la referencia que se hace en ambos preceptos a "*las características del culpable*". Se trata de un elemento del tipo que atañe a la culpabilidad y no a la antijuridicidad, que sería lo lógico tratándose de configurar un tipo distinto del básico. Para integrar de forma adecuada este requisito debe acudir a la Exposición de Motivos, de la que se deduce que se refiere a las condiciones personales y sociales del acusado.

No obstante el concepto que posiblemente va a plantear mayores problemas interpretativos en la práctica es el relativo a "*la reducida cuantía del perjuicio económico*".

Debe entenderse que se trata del beneficio efectivamente obtenido, y no puede ser el valor de la mercancía que se interviene al autor de los hechos, se trataría del beneficio neto, lo que supone contabilizar el valor de las ventas realizadas una vez deducido el coste que le haya supuesto.

En realidad nos vamos a encontrar que en prácticamente todos los supuestos estaremos en presencia de una falta por ausencia de determinación del beneficio, ya que debe tenerse en cuenta que los tipos atenuados no hacen referencia ni al perjuicio causado ni al valor de la defraudación.

Por último debe constatar que queda excluida cualquier posibilidad de atenuación cuando concurra alguna de las circunstancias agravantes previstas en los artículos 271 y 276, consistentes en la especial trascendencia del beneficio obtenido, la especial gravedad de los hechos, la pertenencia a organización y la utilización de menores de edad para cometer los delitos. Resulta claro que las primeras nunca podrían concurrir por ser incompatibles con los requisitos exigibles para la configuración de los subtipos atenuados, pero las relativas a organización y utilización de menores sí podrían concurrir y aún así no se podrían aplicar los referidos tipos privilegiados.

Otras cuestiones que se han planteado en el debate han sido las siguientes:

- o La referencia a "*las características del culpable*" puede llevar al Ministerio Fiscal a pretender la exclusión de la aplicación de los tipos atenuados cuando exista reincidencia. Se discute en este punto si cabe en la valoración de esas características, a los efectos de configurar el tipo privilegiado, la reincidencia o bien la reiteración de actos de la misma naturaleza.
- o Se debate sobre la posibilidad de valorar en sede de instrucción los elementos que posibilitan la aplicación de los tipos atenuados cuando la acusación pretende la calificación por uno de los tipos básicos, y se concluye que no existe impedimento alguno para realizar tal valoración.
- o En lo que se refiere a la revisión de sentencias condenatorias por estos delitos, se concluye que es posible la revisión cuando se trata de la degradación a la falta y concurren en el supuesto a revisar los requisitos legalmente exigidos, ya que estamos en el ámbito de lo obligatorio y no de lo potestativo. Esta interpretación resulta especialmente clara de la lectura del nuevo artículo 623.5.  
No cabría la revisión en el caso de aplicar los tipos atenuados, ya que aparecen configurados como una facultad potestativa del Juez, lo que determina que nos encontremos en el ámbito del arbitrio judicial, expresamente excluido de la posibilidad de revisión.

## IX. REVISIÓN DE SENTENCIAS

Disposición transitoria primera. Legislación aplicable.

1. 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.
2. 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.
3. En todo caso, será oído el reo.

(En conjunto contienen la misma regulación que las DT 1º y 2ª de la LO 10/1995 de 23 de noviembre del CP)

Disposición transitoria segunda. Revisión de sentencias.

1. El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrá asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta Ley. Dichos 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. 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.
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. 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.
3. 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.

4. 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.

*(Equivalente a las DT 5ª y 6ª de la LO 10/1995 de 23 de noviembre del CP)*

Disposición transitoria tercera. Reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos.

*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.*

*(Equivalente a las DT 9ª de la LO 10/1995 de 23 de noviembre del CP)*

A la vista de la regulación del régimen transitorio de la reforma y de la revisión de sentencias, pueden distinguirse los siguientes supuestos:

A) Hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la reforma y aún no sentenciados a su entrada en vigor: no plantean dudas y según la DT 1ª se aplicarán las disposiciones de la reforma si son más favorables. Es trámite preceptivo cuya elusión dará lugar a posible indefensión el de audiencia al reo.

B) Hechos cometidos y sentenciados antes de la entrada en vigor de la reforma: tampoco plantean dudas y según la DT 3ª ya esté la resolución pendiente de apelación o de casación será necesario o innecesario el trámite de audiencia. A este respecto la jurisprudencia del TC correspondiente a la aplicación del Derecho Transitorio de la LO 10/1995 puede iluminarnos el camino: STC núm. 154/2000 (Sala Primera), de 12 junio: *"el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en todo proceso judicial deba respetarse, a través de la contradicción, el derecho de*

*defensa de las partes contendientes. Tal derecho fundamental alcanza su máxima intensidad en el ámbito penal por la trascendencia de los intereses en juego y los principios constitucionales que lo informan, pues no en vano al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema...El principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye, en efecto, una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular importancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en la Ley...Es claro, por tanto, que en la Sentencia recurrida la Audiencia Provincial se ha limitado a hacer uso de normas de Derecho transitorio, vigentes en el momento de resolver la apelación, para la determinación de cuál era la ley más favorable en la sucesión temporal de un Código a otro. En definitiva, se trata de una cuestión de selección e interpretación de las normas aplicables al caso, que ha sido hecha de forma razonada y motivada y a la que ningún reproche cabe hacer desde la perspectiva constitucional.*

*En segundo término, tampoco es posible apreciar la existencia de irregularidad procesal alguna en la tramitación del recurso de apelación, más concretamente en el hecho de que ni el Juzgado ni la Audiencia dieran al recurrente nuevo plazo para adaptar el recurso a las disposiciones del nuevo Código Penal. En efecto, la Disposición transitoria novena del Código prevé una serie de reglas para aplicar una vez transcurrido el período de «vacatio legis» en relación con las Sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso; en concreto, para el recurso de apelación, el apartado a) dispone expresamente que «las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos del nuevo Código, cuando resulten más favorables al reo».*

*La norma no prevé específicamente, a diferencia de lo que ocurre respecto del recurso de casación, una audiencia al condenado para proceder, en su caso, a la adaptación del recurso a los preceptos del nuevo Código, por lo que nada obligaba al Juzgado y a la Audiencia Provincial a conferir un nuevo trámite al recurrente para ello. Nos encontramos ante un supuesto de aplicación de la ley más favorable, no de revisión de una Sentencia ya firme, en cuyo caso la Disposición transitoria cuarta sí prevé que será oído el reo, que se puede llevar a cabo a instancia de parte pero también de oficio por el órgano judicial, a quien corresponde seleccionar la ley aplicable al caso sin necesidad de que le haya sido alegada cuál es la norma que se considera más favorable».*

C) Hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la reforma con sentencia firme también anterior a la entrada en vigor de la misma:

C1) Pena totalmente ejecutada con/sin extremos del fallo distintos a la ejecución de la pena pendientes (responsabilidad civil, comiso, devolución de piezas de convicción, ejecución de costas...) DT 2ª, párrafo 3º: no se revisarán.

C2) Pena única privativa de libertad suspendida/ejecutada y con reo en libertad condicional DT 2ª, párrafo 2º y párrafo 3º: no se revisarán salvo que se revoque suspensión y antes de ejecutar la privativa de libertad impuesta inicialmente.

Surge en estos casos la duda sobre la interpretación que ha de darse al párrafo 3º cuando habla de revisión a los efectos de valorar la reincidencia. No hay problema en entender que si la conducta se ha destipificado no es posible apreciar la reincidencia pero en el caso de que le hubiera correspondido una pena inferior, la referencia resulta un tanto críptica. Se infiere que la evaluación habrá de hacerse atendiendo a la fecha fin de la pena inferior con la finalidad de ver si los antecedentes serían o no susceptibles de cancelación ex artículo 136 CP. Algo que resulta de relativamente fácil comprobación si atendemos a las penas de prisión o incluso en general a las privativas/restrictivas de libertad/derechos, reviste una dificultad mucho mayor en el caso de las penas pecuniarias.

C3) Pena/penas suspendidas por pendencia de indulto. La DT 2ª no especifica a qué suspensión se está refiriendo y cabría plantearse que en estos casos no podría darse lugar a la revisión hasta el alzamiento de la suspensión si ésta afectase a todas las penas impuestas en la sentencia. Subsiste la duda si sólo se ha suspendido la ejecución de alguna y hay otras por el mismo delito o por delitos distintos en ejecución. El párrafo 4º de la DT 2ª parece aconsejar en todo caso el esperar al resultado del indulto planteado antes de operar la revisión y en su caso, para evitar situaciones irreparables (ejecución de penas que no debieran haberse ejecutado de haberse operado la revisión) puede plantearse la suspensión aún no acordada hasta que se

resuelva, entendiendo la entrada en vigor de la reforma como cambio de circunstancias si es que ya se hubiera planteado y descartado la suspensión.

C4) Pena privativa de libertad suspendida y penas de otra naturaleza en ejecución por delito diverso sentenciado en la misma causa. En principio parece posible la revisión con independencia de las segundas sin esperar a la finalización del plazo de suspensión de la primera o provocaremos situaciones de perjuicio en los casos de condenas conjuntas frente al mismo supuesto si se hubiera sentenciado de forma independiente las infracciones.

C5) Pena única de multa que sigue siendo de la misma naturaleza tras la reforma. DT 2ª, 2º Párrafo.

C6) Pena/penas en ejecución fuera de los supuestos anteriores.

La cuestión esencial es qué debe entenderse por cumplimiento efectivo de la pena. Parece que cumplimiento efectivo no tiene que equivaler necesariamente a inicio efectivo de la ejecución de la pena. El legislador además en el caso de la suspensión prevé precisamente la revisión antes de dar inicio efectivo. La elección de la expresión no fue afortunada. Si pende el cumplimiento, existiendo firmeza de la sentencia o se ha iniciado éste estaríamos ante la posibilidad de revisar. En el mismo sentido parece pronunciarse la STS 977/1998 de 23 de julio cuando dice *“Las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995 establecen las reglas según las cuales la ley favorable posterior debe ser aplicada a sentencias que adquirieron firmeza con anterioridad a su entrada en vigor; es decir, a aplicar disposiciones más favorables a los condenados cuyas penas han de ser todavía ejecutadas o se encuentran en ejecución”*.

Otras cuestiones relevantes sobre la revisión:

- ∅ ¿ La audiencia preceptiva del condenado en todo caso sobre qué haya de entenderse por ley más favorable? La DT2º no lo contempla lo que sí hace expresamente la DT1º. En todo caso, si entendemos que es trámite esencial (como parece afirmarlo la STS 977/1998 de 23 de julio) no parece habría indefensión cuando la determinación de la ley

más favorable no ofreciera duda (cumplir dos penas en lugar de una y que una de las dos ya esté ejecutada completamente o bien prescrita –casos de delitos contra la seguridad vial-). Es cierto que la normativa transitoria de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 sí establecía la audiencia obligatoria, pero entonces debía ponderarse un elemento adicional cual era la redención de penas por el trabajo. En la reforma actual únicamente debería realizarse la audiencia al penado en los delitos contra la seguridad del tráfico cuando se pasa de penas cumulativas a alternativas.

- ∅ Competencia: exclusión de los Juzgados de Instrucción en relación a las conformidades. La DT2º sólo se refiere a Juzgados de lo Penal y Audiencias.
- ∅ ¿Qué debemos entender por disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial? La jurisprudencia interpretativa de la antigua DT 5ª de la LO 10/95 podrá servirnos también para dilucidarlo. De forma reiterada vino entendiendo que no había lugar a una nueva individualización y que la comparación por ello había de hacerse tomando como uno de los términos la pena finalmente impuesta y como el otro la que correspondería, teniendo en cuenta el grado de participación, ejecución, circunstancias modificativas (las rebajas potestativas las excluía y se atendía sólo a las preceptivas; ejemplo: en la tentativa rebaja de un grado, en la eximente incompleta ídem) y demás consideradas por el tribunal y no pretendiendo que el segundo término individualizase la pena más que en términos de máximo y mínimo, comprobando seguidamente si la impuesta había podido imponerse, es decir, si no superaba el máximo que la reforma imponía. En caso afirmativo había lugar a la revisión. Como exclusión a esta regla general la previsión de que, aún pudiendo ser impuesta tras la reforma, la pena de prisión antes única, ahora era alternativa por preverse una pena no privativa de libertad. El problema se suscita en cómo sería posible en este caso el eludir una nueva individualización pues el evaluar si el reo, con arreglo a las circunstancias ya apreciadas en su día al dictar sentencia, se hace o no merecedor de la pena alternativa, es un acto de individualización



aunque no pueda tener como parámetros otros que los ya fijados en la sentencia firme.

- ∅ Subtipos atenuados: 368.2º, 270.2º, 274.2º, 2º párrafo y 385 ter. Siendo facultades del órgano sentenciador requerirían una nueva individualización y debe considerarse que se trata de ejercicio del arbitrio judicial la ubicación de la conducta en tales tipos. No sería pues posible la revisión.
- ∅ Degradación a falta: 270.2º último inciso y 274.2º, 2º párrafo, último inciso. Ya no estamos en el ámbito de lo potestativo sino en el de lo obligatorio (excluidos los supuestos de agravación, si se trata de venta al por menor y no hay beneficio económico superior a los 400 euros estaríamos por voluntad del legislador ante una falta; se plantearía el problema de dilucidar qué entendemos por beneficio económico: el potencial –valor de la mercancía incautada- o el efectivo –dinero aprehendido-; a favor del reo deberíamos pronunciarnos en el segundo sentido y no en el primero).
- ∅ Consecuencias prácticas de proceder a la revisión en relación a la parte de pena ya cumplida: abono de la ya satisfecha a la que subsista en caso de punición cumulativa frente a punición disyuntiva (multa y trabajos/ multa o trabajos); se planteará el problema del abono cuando una de las dos penas ya haya sido satisfecha íntegramente o esté prescrita: lo más acertado parece el considerar extinguida la parte de pena que reste por cumplir sin posible abono/devolución pues no es que la pena no haya sido correctamente impuesta en sentencia sino que la revisión, que opera desde el momento en que se acuerda y no de forma retroactiva, produce la extinción de la parte de pena pendiente de cumplimiento.
- ∅ Multa transformada en RPS que ha sido suspendida; ¿puede o no procederse a la revisión? Si los trabajos acumulativamente impuestos ya han sido cumplidos/se hallan prescritos la aplicación de la regla de la DT 2ª.2º sería claramente menos beneficioso para el reo que proceder a la revisión. Si la pena de trabajos está pendiente de cumplimiento o parcialmente cumplida estaríamos ante el mismo caso pues podría producirse un cumplimiento paralelo indebido pues con la reforma en vigor sólo una de las dos penas originales sería

susceptible de imposición. Deberíamos pues interpretar la mención de la DT 2ª 2º como referida a la suspensión de todas las penas impuestas en la sentencia o de la pena única acordada, no obstaculizando la revisión la suspensión de una de las cumulativamente impuestas si la reforma prevé la imposición disyuntiva, obviamente más favorable para el condenado.