JUECES para la DEMOCRACIA

Boletín de la Comisión de Penal

Jueces para la Democracia

Número 9 - 2016 Especial

Los días 5 y 6 del pasado mes de noviembre, se celebraron en Madrid las jornadas de esta comisión penal dedicadas a las reformas procesales y penales. En cuanto a las reformas operadas en el Código Penal, fueron objeto de especial atención los delitos leves, con las dudas de inconstitucionalidad que plantea su procedimiento, habida cuenta de que dentro del catálogo de infracciones que constituyen delito leve se encuentran delitos que son realmente menos graves por la pena que llevan aparejada, pero que el legislador ha optado por considerarlos como leve en virtud del artículo 13.4 CP, aplicándoles el procedimiento del anterior juicio de faltas, que era muy discutido por no ser muy compatible con las exigencias de "juicio justo" del artículo 6CEDH. También se analizaron exhaustivamente las modificaciones introducidas en materia de ejecución de penas, particularmente la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y la sustitución de las penas de prisión por expulsión del territorio nacional, con una valoración global positiva, analizándose las diversas cuestiones planteadas, con especial atención al régimen transitorio. Y finalmente se abordó de una manera rigurosa y pormenorizada la nueva regulación del decomiso, poniendo sobre la mesa las deficiencias y lagunas que presenta.

En cuanto a las reformas procesales, se abordó la nueva regulación de las medidas limitativas de los derechos fundamentales, sin duda, una de las materias más necesitada de regulación, toda vez que el régimen hasta ahora existente de interceptaciones de comunicaciones telefónicas y telemáticas era insostenible. La nueva regulación, no obstante no está exenta de críticas, como se puso de relieve en la mesa que trató la cuestión. Y por supuesto, os invitamos a escuchar la reflexión en clave constitucional del compañero Jose Manuel Sánchez Yllera que disecciona de forma magistral la realidad digital en la que vivimos y la nueva regulación de las medidas que inciden en la misma, cuya finalidad no es precisamente la protección del derecho a la intimidad. Se analizó también el nuevo régimen de conexidad delictiva y la segunda instancia penal y recursos. Y por último, se trató un tema especialmente relevante, que está planteando muchos problemas, como el relativo a la grabación de las pruebas en fase de instrucción, al dificultar la aplicación de los artículos 714 y 730 Lecrim, además de complicar la agilidad en la resolución, especialmente en los recursos en segunda instancia. Cuestión que seguramente dará mucho aún que hablar.

En definitiva, se pusieron de relieve las numerosas cuestiones prácticas que las reformas analizadas suscitan, y que evidencian la improvisación en la forma de legislar. Así, se constataron lagunas y omisiones relevantes, errores (algunos de ellos subsanados posteriormente) y contradicciones, que fueron tratadas en las sucesivas mesas, y que permiten concluir que sin abordarse una elaboración global y general de un Código Procesal y Penal, y mientras no se haga, será inevitable que hayan incoherencias dada la antigüedad del texto de la Lecrim, agravando las reformas parciales esa incoherencia. De esta forma, se ha llegado a una situación paradójica en la que se ha producido la desfiguración de dos textos legales imprescindibles para un régimen democrático constitucional como el Código Penal y la Lecrim. Así, a fuerza de hacer regulaciones parciales del Código Penal, lo que se está creando no tiene nada que ver con el espíritu original del Código Penal de 1995, que pese a sus deficiencias, era un código moderno, del que cada vez queda menos.

Yolanda Rueda y José Manuel Ortega

SUMARIO

Delitos leves CARME GUIL ROMÁN

Conexidad CONCHA ROIG ANGOSTO

Algunos aspectos prácticos de la reforma introducida por LO 5/2015 ISABEL TOBEÑA SANTAMARÍA

La nueva regulación de las medidas limitativas de derechos fundamentales PEPE GRAU GASSO

La grabación de las pruebas en fase de instrucción CONCHA ROIG ANGOSTO

Nuevo régimen de ejecución de sentencias MONTSERRAT COMAS ARGEMIR, JOSEP ANTONI RODRÍGUEZ SÁEZ Y CARMEN SÁNCHEZ ALBORNOZ

El decomiso JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ SISCART

VIGILAR PARA CASTIGAR IGNACIO SÁNCHEZ YLLERA

BOLETIN DE PENAL

Coordinación: Yolanda Rueda Soriano y José Manuel Ortega Lorente

Edición: Jueces para la Democracia

DELITOS LEVES .

Carme GUIL ROMÁN. Magistrada

Comentario al artículo de Javier Hernández García y Jose Luis Ramírez Ortiz:
"Las consecuencias procesales de la reforma".
Comentarios a la reforma penal de 2015
Editorial Aranzadi

¿Podemos plantearnos dudas de constitucionalidad en el procedimiento de delitos leves? ¿Quedan solventadas por la reforma del art. 967 de la LECrim introducida por la reforma de la LO 13/2015?

Cuatro líneas para reflexionar sobre un tema tan complejo. Cuatro líneas que se corresponden con los escasos minutos que pudimos tratar el tema en las Jornadas de la Comisión Penal, no por falta de interés sobre la cuestión sino por los numerosos temas a tratar derivados de las siete reformas sustantivas y procesales del pasado año.

La reforma del Código Penal operada por la L.O. 1/2015 suprimió el Libro III "De las faltas" aunque introdujo una nueva tipología delictiva con la introducción de los delitos leves. En cuanto a la definición de estos últimos dice el *artículo 13.3 que « Son* delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve »; esto es, las que enumera el artículo 33.4. La lectura de este último precepto, también modificado, evidencia la existencia de una agravación encubierta, pues introduce una modalidad de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio, antes inexistente, e incrementa el límite superior de la multa de dos a tres meses.

Junto a este incremento generalizado de las penas correspondientes a los delitos leves, debemos añadir que el grupo de delitos leves se amplía a través de la cláusula que contempla el artículo 13.4 («*Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve* »). Dicho precepto generó dudas interpretativas en los supuestos de penas alternativas o cumulativas que han quedado parcialmente solventadas por las reformas posteriores.

En consecuencia, resulta evidente que se ha ampliado de forma significativa la competencia objetiva de los juzgados de instrucción que enjuician no solo los delitos leves (que se corresponden con las antiguas faltas), sino también aquellos delitos hasta ahora menos graves que por la previsión del art. 13.4 cambian su naturaleza a delitos leves.

Las últimas reformas que han venido a completar el nuevo escenario procesal y a solventar las dudas generadas por la deficiente técnica legislativa son, por una parte el art. 967 de la LECrim reformado por la L.O. 13/2015 de 5 de octubre (entrada en vigor el 6-12-2015) que establece *"…para el enjuiciamiento de delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses, se aplicarán las reglas generales de defensa y representación*".

Por otra parte, la Ley 41/2015 de 5 de octubre (entrada en vigor el 6-12-2015) introdujo la Disposición Adicional Sexta de la LECrim (posteriormente corregida y nominada Disposición Adicional Séptima) que dispone "*Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, los delitos que alternativa o conjuntamente estén castigados con una pena leve y otra menos grave se sustanciarán por el procedimiento abreviado o, en su caso, por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos o por el proceso por aceptación de decreto."*

La nueva regulación ha supuesto por una parte el mantenimiento del procedimiento del juicio de faltas con leves retoques y por otra, la ampliación de los tipos

delictivos que se enjuiciarán con dicho procedimiento. Por ello, cabe recordar lo que el Tribunal Constitucional había señalado en diversas sentencias que aunque ya antiguas siguen plenamente vigentes. Así, se afirmaba en STC 84/1985, de 8 de julio (RTC 1985, 84): *«Es verdad que la regulación legal en el Derecho español vigente del juicio de faltas, en primera y en segunda instancia, es sumamente defectuosa desde muchos puntos de vista y está indudablemente necesitada de una seria reforma, como ya han puesto de relieve algunas anteriores sentencias de este Tribunal… ».* Pese a las ulteriores reformas del procedimiento, las críticas que el Alto Tribunal expresaba al respecto pueden ser sostenidas en la actualidad.

Por ello, la reforma operada por la L.O. 1/2015 introduce al respecto un sombrío panorama en relación a la garantía de los derechos fundamentales de los justiciables al mantener casi intacto este procedimiento para el enjuiciamiento. Tal y como destacan diversos autores (Comentario a la reforma penal de 2015. 1ª ed., abril 2015 XIII. Las consecuencias procesales de la reforma (JOSÉ LUIS RAMÍREZ ORTIZ y JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA), en el procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves están seriamente afectadas las garantías procesales de imparcialidad judicial y el propio derecho de defensa en su sentido estricto.

Si bien la regulación parte de la premisa de la incoación directa de juicio, en los juicios de faltas raramente se cumplía dicha previsión y en numerosos supuestos existía una investigación previa, para no hablar de instrucción en sentido estricto. En los nuevos delitos leves, esencialmente aquellos que hasta la entrada en vigor del C.P. eran delitos menos graves, en la práctica podemos constatar la existencia de una instrucción previa que debiera determinar la abstención o recusación para enjuiciar del juez de instrucción que la ha llevado a cabo. Son supuestos claros la ocupación de bien inmueble (art. 245.2) o la sustracción de cosa propia (art. 236.1) o el uso de terminales de telecomunicación (art. 256.1) por no hablar de la omisión del deber de socorro (art. 195.1 y 2) cuya competencia, pese a su naturaleza de delito leve, sigue atribuida al Tribunal del Jurado. En cambio en numerosas ocasiones confirmamos que el Juez que ha llevado a cabo dicha "investigación" e incluso en aquellos casos en los que se había tramitado previamente como Diligencias previas, celebra el juicio y dicta sentencia.

En relación al derecho de defensa, pese a la previsión del art. 967 de la ley procedimental, el mismo no está debidamente garantizado en este procedimiento cuyas consecuencias penológicas y de generación de antecedentes penales son severas. No existe un conocimiento completo de los hechos imputados ni de las consecuencias punitivas de los mismos y la mera citación a juicio con copia de la denuncia no solventa en modo alguno dichos déficits.

Tal y como se pronosticaba por los autores citados, la praxis judicial ha permanecido invariable en estos primeros meses de la reforma, sin que en por parte de los Jueces de Instrucción o de los Letrados de la Administración de Justicia se hayan variado las dinámicas establecidas en los juicios de faltas. Los déficits informativos en relación esencialmente a la necesidad de asistencia letrada en aquellos supuestos en los que la acusación viene ejercida por el Ministerio Fiscal para garantizar la igualdad de armas entre las partes son palmarios. La agravación de penas generalizada, los antecedentes penales derivados de la comisión de un delito leve con las consecuencias que ello puede comportar en algunos casos - delitos de hurto y otros patrimoniales-, ampliación del plazo de prescripción, entre otros aspectos, debieran conllevar un cambio significativo por parte de los juzgados de instrucción dada la grave afectación para los derechos fundamentales de los denunciados a fin de garantizar al menos el derecho de información en los procedimientos penales establecido en la Directiva 2012/13/UE y el pleno ejercicio del derecho de defensa derivado.

En conclusión, la adecuación del procedimiento para el enjuiciamiento de las faltas a los principios constitucionales que el Tribunal Constitucional había avalado con reservas, no se sostiene en la actualidad dado que ya no cabe predicar de los delitos leves aquellos adjetivos que el Alto Tribunal reservaba a las faltas (*Infracciones de escasa entidad castigadas con penas leves o infracciones de bagatela* STC 54/1985 de 18 de abril). La alternativa pasa por la declaración de inconstitucionalidad de dicho procedimiento o en una reforma plena del mismo.

CONEXIDAD: NUEVO ARTÍCULO 17 LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Concha ROIG ANGOSTO. Magistrada

Ley 41/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (vigor 6 diciembre 2015), modifica el artículo 17 de la LECrim. con el afán, según su preámbulo, de conseguir la racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, para conseguir su rápida y eficaz sustanciación.

Se pretende, con la reforma, evitar el automatismo en la acumulación de causas y lo que denomina «elefantiasis procesal» (macroprocesos), estableciendo que la simple analogía o relación entre sí no constituye una causa de conexión, justificando solo la acumulación cuando, a instancia del Ministerio Fiscal, en su condición de defensor de la legalidad y del interés público, el juez lo considere más conveniente para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso, y siempre que con ello no se altere la competencia.

En consonancia con ello, se suprime el art. 300 del mismo texto legal, que determinaba la investigación y conocimiento de los delitos conexos en un solo proceso, sin modificar el artículo 988 de la LECrim. que supone un paliativo, y correctivo, en fase de ejecución.

De la nueva regulación introducida por el actual 17 de la LECrim. se deduce que, la regla PRINCIPAL O INICIAL (17.1) será, ahora, que cada delito dará lugar a la formación de una única causa.

No obstante, como regla COMPLEMENTARIA GENERAL, establece que los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa, cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes.

Estableciendo una premisa (*de índole valorativa*) obligada para la aplicación de la conexidad, fijando dos nexos inter-relacionados: investigación-esclarecimiento y prueba-determinación.

Con una salvedad: que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

Con ello se introduce una objeción (*igualmente de índole valorativa*) para aplicar la regla complementaria general, de carácter alternativo, aunque suelen confluir y combinarse: excesiva complejidad o/y dilación.

A los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia (17.2) el referido artículo enumera una serie de vínculos de conexión (que constituyen un número cerrado), y así, siempre se consideraran delitos conexos:

1.º Los cometidos por dos o más personas reunidas.

2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.

3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.

4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.

5.º Los delitos de favorecimiento real (*por ejemplo: receptación*) y personal (*ejemplo: encubrimiento*) y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.

6.º Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

Continúa el referido artículo estableciendo una regla COMPLEMENTARIA ESPECIAL (17.3), de manera que los delitos que no sean conexos, pero hayan sido cometidos por la misma persona *(premisa subjetiva: sujeto activo)* y tengan analogía o relación entre sí *(premisa objetiva: delitos, y con vinculación de tipo penal-bien jurídico protegido-medio comisivo-lugar de comisión-víctimas. las dos premisas son acumulativas),* cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal *(exclusiva legitimación para su solicitud –el juzgado puede rechazarlo pero no acordarlo de oficio),* si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso

De manera que, igual que para la regla complementaria general, se establece una premisa (*de índole valorativa*) obligada, fijando dos nexos inter-relacionados: investigación-esclarecimiento y prueba-determinación y una objeción (*igualmente de índole valorativa*), de carácter alternativo, aunque suelen confluir y combinarse: excesiva complejidad o/y dilación.

El artículo 17 LECrim. en la actualidad ordena mejor sistemáticamente la regulación sobre la materia, con proyección explícita, en cuanto a la creación de piezas separadas, que vienen previstas en el procedimiento abreviado en el artículo 762. 6º LECrim., facilitando así que se pueda desconectar lo que en principio parecía conexo o susceptible de conexión subordinando las reglas de conexión a un enjuiciamiento ágil y conveniente, con claros reflejos en sede de competencia (artículo 18 LECrim.).

Sin embargo no debe, ni puede, dividirse lo que es indivisible/inescindible a los efectos de su enjuiciamiento (el hecho único); el resto respondería a razones de utilidad o conveniencia, amén de posibilidad material (dificultad, complejidad, medios, capacidad, no dilaciones).

La conexidad se fundaría, inicialmente, en la necesidad de enjuiciamiento conjunto en una sola causa en los términos legalmente expuestos (a fin de evitar el riesgo de sentencias contradictorias), siendo obligada cuando tenga repercusiones en la penalidad (piénsese especialmente en los casos de concurso ideal o medial o en los delitos continuados).

Por eso se ha llegado a hablar de una conexidad necesaria y una conexidad por razones de conveniencia (relativización de la necesidad de enjuiciamiento conjunto).

El artículo repite por dos ocasiones la expresión *salvo que suponga excesiva complejidad* (si es excesiva o desmesurada) *o dilación* para el proceso, lo cual aconseja analizar lo que puede entenderse por ambas, sirviendo de patrón interpretativo, no exclusivo, el nuevo artículo 324 de la LECrim..

Sin obviar que el concepto "complejidad" en la instrucción judicial (que normalmente tendrá también su proyección en el juicio oral), no atiende, como ha señalado la Jurisprudencia, incluso la Constitucional, a vincular ésta con la simple extensión material de las actuaciones (no puede confundirse complejidad jurídica con volumen de la causa).

Por último señalar que la conexidad tendrá también una clara proyección en relación con la prescripción (Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010 y jurisprudencia derivada y artículo 131.4 del Código Penal) y con la acumulación de penas y refundición de condenas (límites penológicos en los supuestos de concursos reales: artículo 76 del Código Penal y artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en los supuestos de concursos ideal o medial: artículo 77 del Código Penal), dado que la conexidad no sólo afecta al derecho procesal (jurisdicción y competencia), sino también al derecho penal material.

SEGUNDA INSTANCIA PENAL Y RECURSOS

Según justifica el preámbulo de la reforma que examinamos, pese a que la Ley Orgánica del Poder Judicial

establece las oportunas previsiones orgánicas para la generalización de la segunda instancia en el proceso penal, la ausencia de regulación procesal del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, previa celebración de juicio ante dichos órganos judiciales, mantenía una situación insatisfactoria que, al tener que compensarse con mayor flexibilidad en el entendimiento de los motivos del recurso de casación, desvirtúa la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal. Por ello, se procede a generalizar la segunda instancia, estableciendo la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal en el proceso abreviado, si bien adaptándola a las exigencias tanto constitucionales como europeas. Se ha considerado oportuno completar la regulación del recurso de apelación con nuevas previsiones legales relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso y al contenido de la sentencia que el órgano ad quem podrá dictar en tales circunstancias, cuyo fin último es ajustar la reglamentación de esta materia a la doctrina constitucional y, en particular, a las exigencias que dimanan del principio de inmediación.

En este sentido, en sede de procedimiento abreviado, la sentencia dictada por el Juez de lo Penal, apelable ante la Audiencia Provincial, permite que lo sea, además de por los motivos existentes, por un nuevo motivo (artículo 790.2, párrafo 3º), cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

Junto a ello, el artículo 792 LECrim impide que la sentencia de apelación pueda condenar al encausado que resultó ser absuelto en primera instancia, ni agravar la sentencia condenatoria, pero sí podrá anularla y devolver las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida, concretando si la nulidad se ha de extender al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia para el nuevo enjuiciamiento.

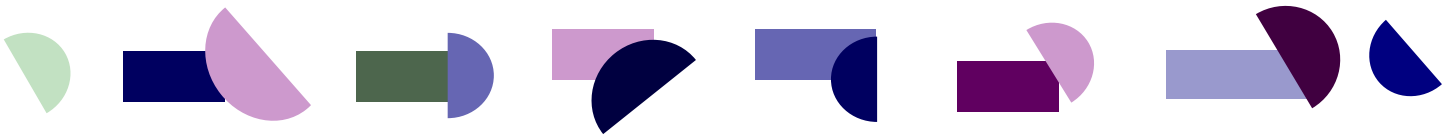
Finalmente, se reconoce (artículo 846 ter) que puedan ser recurridas en apelación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, así como los autos que pongan fin al procedimiento por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre, rigiéndose por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de la LECrim.

En cuanto a los recursos de casación y revisión, respecto del primero (artículos 847, 848, 889.2 LECrim) se generaliza el recurso de casación por infracción de ley contra sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provincial o Sala Penal Audiencia Nacional, ceñido al motivo primero del articulo 849 LECrim (infracción de precepto penal).

Y respecto de los Autos, podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, aquéllos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los definitivos dictados en primera instancia y en apelación por la Audiencia Provincial y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se hubiere dirigido contra el encausado mediante resolución judicial que suponga una imputación fundada.

Por último, se establece la posibilidad de la inadmisión a trámite del recurso de casación en el supuesto de carencia de interés casacional, lo cual se podrá acordar por providencia sucintamente motivada siempre que hubiere unanimidad de los componentes de la sala.

En cuanto al recurso de revisión (art. 954 LECrim): se introducen nuevas causas de revisión de sentencias firmes, en particular para dar cumplimiento a las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos humanos.



ALGUNOS ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LO 5/2015

ISABEL TOBEÑA SANTAMARIA. Magistrada

La Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que según el Preámbulo tiene por objeto la transposición de la Directiva2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010; introduce los artículos 123 a 127 de la Lecrim.

La nueva regulación garantiza el derecho de los investigados a la interpretación y traducción en los procesos penales. Así, el primero de los citados artículos desarrolla el derecho contenido en el artículo 520 de la Lecrim. a estar asistido por un intérprete cuando no conozca el idioma. Se prevé específicamente la asistencia en todas las actuaciones en las que sea necesaria su presencia y también para las conversaciones con su abogado. Estas previsiones son novedosas en cuanto a su consignación en la Ley de Enjuiciamiento, pero, lógicamente en la práctica de las declaraciones en el servicio de guardia y en el Juzgado, ya venían realizándose. Se recoge además y específicamente el derecho a la interpretación de todas las actuaciones del juicio oral y como novedad importante el derecho a la traducción escrita de los documentos que resulten esenciales y en todo caso de las resoluciones que acuerden su prisión provisional, el escrito de acusación y la sentencia. Los gastos de interpretación y traducción serán sufragados por la Administración. Es importante la previsión de que los plazos procesales se interrumpen desde el acuerdo en el que se disponga la traducción. Las interpretaciones orales o en lengua de signos (a salvo las que se produzcan con motivo de las conversaciones entre investigados y defensores) podrán grabarse. La renuncia a los derechos desarrollados en el artículo 123 debe ser expresa y libre, siendo solo válida después de que el investigado haya recibido asesoramiento jurídico suficiente. En todo caso no será renunciable la asistencia por un intérprete en las actuaciones en las sea necesaria su presencia y el derecho a la interpretación de todas las actuaciones del juicio oral.

En la práctica habitual en los Juzgados de Instrucción, el derecho irrenunciable a la asistencia del intérprete en las declaraciones y en las actuaciones en las que sea necesaria su presencia, no plantea problemas. No ocurre lo mismo con el derecho a la obtención de la traducción de los documentos (declaraciones, autos de prisión, escritos de acusación en diligencias urgentes...) ya que, en la práctica vemos como la remisión por los intérpretes de los documentos traducidos no es rápida y puede ocurrir que lleguen al Juzgado de lo Penal con muy poca antelación al señalamiento del juicio oral, sobre todo en las diligencias urgentes tramitadas durante la guardia. Entiendo que siempre que se cuente con los medios técnicos necesarios, se puede en el Juzgado de Guardia grabar la traducción de los documentos por parte del intérprete y entregar al investigado una copia de la misma para evitar la recepción tardía de las traducciones en papel y garantizar así sus derechos.

La Ley Orgánica 5/2015 en su artículo segundo modificó los artículos 118 y 520 de la Lecrim. La citada modificación estuvo en vigente cinco días, ya que entró en vigor el 27 de octubre de 2015 y la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, modificó nuevamente su redactado y entró en vigor el 1 de noviembre de 2015.

Por lo que se refiere al artículo 118 (en su redacción dada por la Ley últimamente citada), recoge hoy expresamente el deber de instrucción de los derechos que especifica, entre los que cabe destacar el de ser informado de los hechos que se le atribuyen, así como de cualquier cambio relevante en el

objeto de la investigación y de los hechos imputados. La previsión legal de que esa información sea facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa, obliga al Juez a informar, no solo del delito por el que se le recibe declaración, sino a completar este dato con las concretas circunstancias de producción del hecho. Por ejemplo: "se le informa de que se le recibe declaración como investigado por la presunta comisión de un delito de robo consistente en haber accedido en tal fecha en una vivienda sita en tal dirección forzando la cerradura de la casa y habiendo sustraído de su interior los siguientes efectos". Además, el citado precepto recoge los derechos a examinar las actuaciones con antelación a la toma de declaración (lógicamente siempre que no se encuentren secretas), a actuar en el proceso para ejercer su derecho de defensa, a la libre designación de abogado (salvo en el caso de detención o prisión incomunicada), a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y requisitos, a la interpretación y traducción gratuitas, a guardar silencio no prestando declaración y a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen y a no declarar contra si mismo ni confesarse culpable. Esta información se debe adaptar a las concretas circunstancias del declarante, lo que obliga a asegurarse de que se han entendido por el investigado los derechos que le asisten.

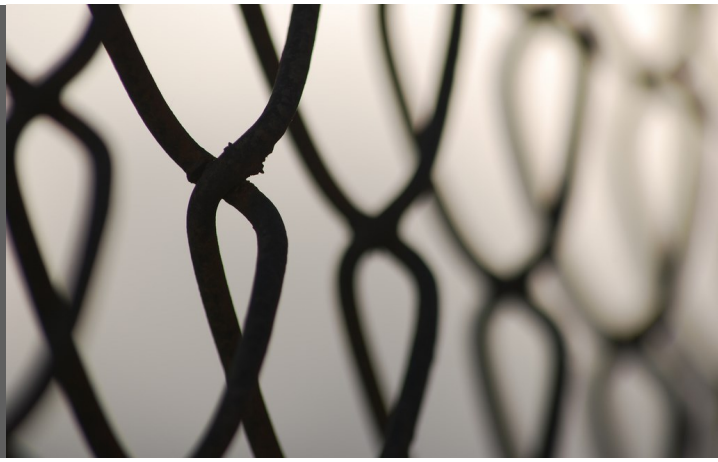
El artículo 520 de la Lecrim. también fue modificado por la Ley Orgánica 13/2015 y como novedades importantes prevé la obligación de quienes acuerden la detención y la prisión provisional, de los encargados de practicarlas y de efectuar los traslados, de llevarlas a cabo respetando los derechos al honor, la intimidad, a la imagen y a la libertad de información. La información sobre la imputación y los derechos se realizará por escrito. Por tanto, deberán incluirse los hechos objeto de imputación en el documento que incluye la información de derechos y deberá entregarse al investigado una copia del mismo y lógicamente también de su declaración (esta última cuando no se haya acordado el secreto de las actuaciones). Como novedad entre los derechos que recoge el artículo 520 se encuentra el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención. A propósito de este nuevo derecho existe una importante discusión sobre si la policía debe o no entregar copia del atestado en las dependencias policiales antes de recibir declaración a un detenido. La Comisión Nacional de Policía Judicial ha entendido que no procede la entrega completa del atestado y si solo la información sobre los motivos de la detención y de las circunstancias, informaciones y elementos incriminatorios existentes en el atestado. Otra novedad es el derecho a realizar una llamada a un tercero de su elección, aunque será a presencia de un funcionario policial o del Juzgado. No se regula nada más sobre este derecho, planteándose así dudas sobre la posible duración de la llamada, el destino geográfico de la misma, el idioma empleado, etc. En cualquier caso y en la práctica, no he tenido en este tiempo ninguna persona detenida que haya querido hacer uso de ese derecho, como tampoco del de ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse con las mismas y a mantener correspondencia con ellas. Además de lo anterior y como novedad se recoge el derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, a conocer el procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla (procederá informar de todos estos extremos conforme a lo previsto en la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita).

Además de lo ya consignado, el artículo 520 regula la obligación de información sobre el plazo máximo de detención, la información sobre Habeas Corpus, el plazo máximo de personación del letrado designado en el centro de detención, el contenido de la asistencia del abogado, las especialidades cuando el detenido sea menor.

Se modifica también el artículo 509 de la Lecrim. desapareciendo la posibilidad de acordar la detención o prisión incomunicadas después de haber sido puesto en comunicación un detenido o preso y se proscribe la detención incomunicada para los menores de 16 años. Relacionado con lo anterior se reforma también el artículo 527 de la Lecrim. señalando que en caso de incomunicación, el investigado podrá ser privado de ciertos derechos si así lo justifican las circunstancias del caso. La anterior redacción limitaba ciertos derechos de forma imperativa, ahora la limitación es potestativa y debe aparecer debidamente justificada en la resolución judicial bajo la forma de auto.

LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

JOSÉ GRAU GASSO. Magistrado



La Ley Orgánica 13/2015 introduce una regulación novedosa, que venía siendo exigida desde diversos ámbitos, sobre la práctica de diligencias instrucción que pueden afectar o limitar el ejercicio de derechos fundamentales, en especial del derecho a la intimidad y a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de la comunicaciones.

La nueva ley establece, en primer lugar, unas disposiciones comunes a todas las medidas que pueden afectar al ejercicio de los derechos antes mencionados estableciendo con carácter general que la autorización judicial deberá sujetarse a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Por otra parte, aunque la Ley permite que el Juez de Instrucción pueda adoptar cualquiera de estas medidas de oficio o a instancia de parte, exige de forma ineludible que el Juez de Instrucción dicte la resolución una vez oído el Ministerio Fiscal.

La ley se encarga de consignar el contenido mínimo de la resolución judicial en la que se autoriza la adopción de alguna de las medidas de investigación antes mencionadas. Aparte de reiterar que la resolución debe estar motivada, debe concretar, entre otros, los siguientes extremos: a) el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida; b) la extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad; y c) la finalidad perseguida con la medida.

Al determinarse por la ley el contenido mínimo de la resolución judicial por la que se autoriza la práctica de alguna de las medidas mencionadas, se está excluyendo la posibilidad, que venía siendo admitida por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, de motivar dicha resolución por remisión al contenido del escrito remitido por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal solicitando la correspondiente autorización.

Por el contrario, para que el Juez de Instrucción acuerde la prórroga de cualquiera de estas medidas la ley solo exige que dicte una resolución judicial motivada, lo que parece dar a entender que aquí sí podrá remitirse, cuando menos en parte, a la motivación contenida en el auto originario autorizando la práctica de la medida injerente.

Finalmente, la ley permite la utilización de la información obtenida en un procedimiento como medio de investigación o prueba en otro proceso distinto, sin establecer ninguna limitación al respecto, salvo la derivada de la obligación de proceder a la destrucción de los registros obtenidos.

En este sentido, una vez finalizado el procedimiento la ley obliga a borrar y eliminar los registros originales, disponiéndose que el Letrado de la Administración de Justicia conservara una copia de los mismos durante cinco años a contar desde que la pena se haya ejecutado, el delito o la pena hayan prescrito, se haya dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria firme respecto del investigado, con la única salvedad de que el tribunal decida que deben conservarse por un plazo superior.

Por lo que se refiere a los descubrimientos casuales, la continuación de la medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización expresa por parte del juez competente.

Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

La autorización judicial solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto un delito doloso castigado con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; delitos de terrorismo o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicios de comunicación.

Pueden ser objeto de intervención los terminales o medios de comunicación habitual u ocasionalmente utilizados por el investigado, o los pertenecientes a una tercera persona siempre que sean utilizados por el investigado o su titular colabore con el investigado en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad, incluso cuando el dispositivo este siendo utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática y sin conocimiento de su titular.

También puede ser objeto de intervención los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad.

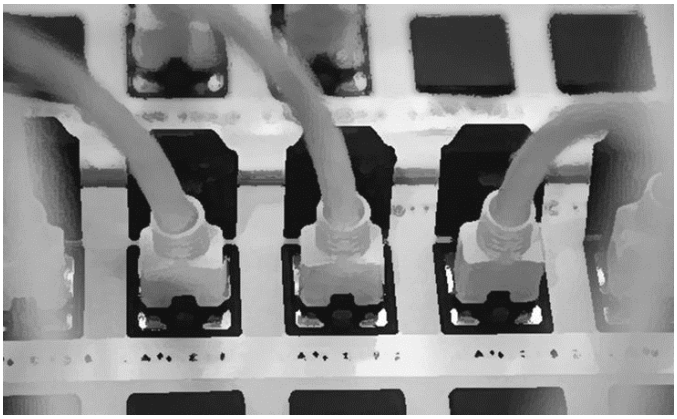
La intervención podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación.

En caso de urgencia, cuando se trate de averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, podrá ordenar la intervención el Ministerio del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, comunicándolo al juez competente en el plazo máximo de veinticuatro horas. El Juez debe revocar o confirmar dicha actuación en el plazo máximo de setenta y dos horas a contar desde que fue ordenada la medida.

En caso de revocar la medida, por aplicación analógica de lo dispuesto para los casos de utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, la información obtenida carecerá de efectos en el proceso.

La duración máxima de la medida es de tres meses prorrogables hasta un plazo máximo de dieciocho meses.

Expirada la vigencia de la medida acordada judicialmente, se debe entregar a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas (sic), solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos.



Asimismo, es obligatorio notificar la práctica de la injerencia a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas, salvo que sea imposible, exija una esfuerzo desproporcionado o pueda perjudicar futuras investigaciones.

La ley regula expresamente la necesidad de autorización judicial para obtener cesión de datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación, disponiéndose en la Exposición de Motivos de la Ley que su incorporación al proceso solo se autoriza cuando se trate de la investigación de un delito que, por razones vinculadas al principio de proporcionalidad, sea de los que justifican el sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones, sin hacer mención alguna a las consecuencias que se derivan de la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Caso Digital Rights Ireland Ltd contra Minister for Communications, Marine and Natural Resources de fecha 8 abril 2014 y sin tener en cuenta que la Ley 25/2007 sigue exigiendo que para proceder a la cesión de los electrónicos conservados por los

prestadores de servicios es necesario que la autorización judicial se preste en procedimientos penales incoados para la investigación de delitos graves.

También exige la autorización judicial para la identificación de la dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión de algún delito y autoriza a la policía judicial a utilizar los artificios técnicos necesarios para obtener la numeración IMSI o IMEI de los equipos de comunicación o de la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones. Cuando, en base a dichos mecanismos, la policía solicite la intervención de las comunicaciones debe poner en conocimiento del órgano judicial la utilización de los artificios técnicos utilizados para obtener dicha identificación.

También autoriza directamente a la policía judicial o al Ministerio Fiscal a solicitar información a los prestadores de servicios de telecomunicaciones para solicitar información sobre la titularidad de un número de teléfono o, en sentido inverso, el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación.

Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos

Requiere de autorización judicial, pero se admite la captación de las comunicaciones orales tanto en espacios públicos como en el domicilio u otros lugares cerrados y se puede ampliar a la obtención de imágenes.

La autorización judicial solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto un delito doloso castigado con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o delitos de terrorismo y la resolución deberá contener una mención concreta a los encuentros concretos del investigado que van a ser sometidos a vigilancia y al lugar o dependencias en las que se va a proceder a realizar la misma.

Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización

No se requiere autorización judicial para que la policía judicial proceda a la grabación de imágenes de la persona investigada cuando se encuentra en un lugar o espacio público, incluso cuando con ello se pueda afectar a personas diferentes del investigado. Que la policía judicial no requiera de autorización judicial no quiere decir que su actuación también deberá regirse por los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Por otra parte, en contra del criterio jurisprudencia que venía manteniendo la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se exige autorización judicial para la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento o localización, siendo su duración de tres meses con posibilidad de acordar prórrogas que en ningún caso podrán superar los dieciocho meses.

En casos de urgencia, la propia policía judicial puede proceder a la instalación de dichos dispositivos, comunicándolo a la autoridad judicial en el plazo máximo de veinticuatro horas, que en el mismo plazo deberá ratificar la medida adoptada o acordar el cese inmediato de la misma.

Este es el único supuesto en el que se dispone expresamente que, si el Juez no valida la instalación del

dispositivo realizado por la policía judicial, la información obtenida carecerá de efectos en el proceso.

Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información

Se requiere autorización judicial para proceder al examen de los ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos, siendo necesario que la resolución judicial determine los términos y el alcance del registro.

En casos de urgencia, la propia policía judicial puede proceder al examen de dichos dispositivos, comunicándolo a la autoridad judicial en el plazo máximo de veinticuatro horas, que en el plazo de setenta y dos horas deberá ratificar la medida adoptada o acordar el cese inmediato de la misma.

Se regula el deber de colaboración de las personas que conozcan el sistema informático y las medidas de protección adoptadas para poder acceder a su contenido, excluyendo de dicho deber de colaboración al investigado, las personas dispensadas de declarar por razones de parentesco y las que por razón del secreto profesional se mencionan en el art. 416.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Registro remotos sobre equipos informáticos

La Ley también exige autorización judicial en los casos en los que se proceda a la instalación de un software que permita el examen a distancia y sin conocimiento de su titular

o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos.

La medida tendrá la duración de un mes, con prorrogas que no podrán superar los tres meses.

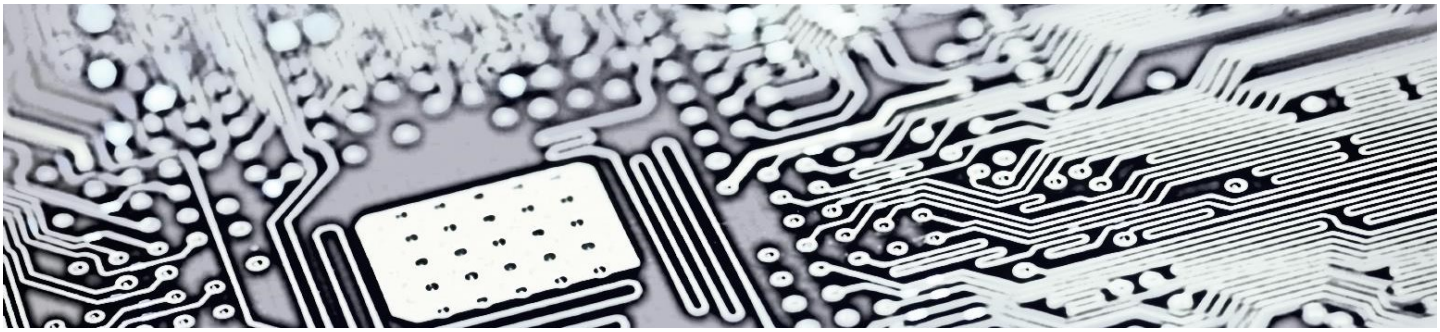
Por un lado se restringe el tipo de delitos que pueden ser investigados utilizando este medio de investigación: a) delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, b) delitos de terrorismo, c) delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, y d) delitos contra la constitución, de traición y relativos a la defensa nacional. Pero por otra parte se sigue permitiendo dicho medio de investigación para delitos que no tienen porqué revestir una especial gravedad, como es el caso de los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos.

En todo caso, la resolución judicial debe determinar los dispositivos objeto de la medida y el alcance de la misma.

Medidas de aseguramiento

El Ministerio Fiscal o la policía judicial pueden requerir a cualquier persona para que proceda a la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente.

Sorprende que la duración de la medida pueda prolongarse a lo largo de noventa días y con una prórroga que puede alcanzar los ciento ochenta días.



LA GRABACIÓN DE LAS PRUEBAS EN FASE DE INSTRUCCIÓN

CONCHA ROIG ANGOSTO. Magistrada

Consecuencia de la adaptación de las Leyes Procesales a la Nueva Oficina Judicial, llevada a cabo por LO 1/2009, de 3 de noviembre, la LO 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ, otorgó una nueva redacción al artículo 230, estableciendo la obligación, para los Juzgados y Tribunales (y las Fiscalías), de utilizar los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, declarando la validez y eficacia de los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales, estableciendo una clara prohibición "3. *Las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse*."

De igual manera el artículo 147 de la LEC (sucesivamente reformado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre y la LO 7/2015, de 21 de julio) establece que las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias celebradas ante los jueces o magistrados o, en su caso, ante los secretarios judiciales, se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, imponiendo una clara prohibición "*no podrán transcribirse*", salvo en aquellos casos en que una ley así lo determine.

Sin embargo, éste mecanismo general de documentación de actuaciones judiciales adquiere, en el proceso penal, un alcance mucho más limitado, siendo el acto del juicio oral -artículos de la LECrim 743, 788.6º y 972- su principal espacio de acción.

Actualmente, nuestra Instrucción Penal, tiene base en una LECrim obsoleta, y vergonzosamente parcheada, que prevé un procedimiento eminentemente escrito en sus fases iniciales, situación que apenas ha sido modificada en la actualidad.

De las múltiples reformas llevadas a cabo en 2015, únicamente se han retocado en la LECrim., en relación a la documentación en el proceso penal, cuatro artículos.

En ese sentido, **la Ley 4/2015, de 27 de abril**, del Estatuto de la víctima, en sede de sumario, otorga nueva redacción al **artículo 433 LECrim,** que establece la obligatoriedad de la grabación de las declaraciones testificales en fase de instrucción, y no solo las relativas a las de testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, al consignar, en un quinto párrafo independiente de los anteriores, "*El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.",* frente a la redacción anterior a la reforma *"El juez podrá acordar la grabación de la declaración."* referido, además, únicamente para los testigos menores de edad.

Modifica, a su vez, el artículo **448 LECrim** que, remite, en su párrafo segundo, a la documentación escrita como forma de elaboración preconstituida de las testificales realizadas en el sumario *"Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes"*.

Resulta sorprendente que, precisamente por su vocación como prueba preconstituida, el Legislador no prevea en estos casos la utilización de medios de documentación audiovisuales, al menos alternativos, como si ocurre en sede de procedimiento abreviado. Salvo que tuviera *in mente* el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, que respondía al principio de doble forma de documentación (en el entendimiento que la utilización de mecanismos de grabación digital de las fuentes de prueba no era ser incompatible con la necesaria trascripción escrita de sus contenidos) o que fuera consciente de lo absurdo de establecer un sistema de grabación audiovisual, cuando los artículos que preceden a éste, que no han sido reformados, hacen referencia a un sistema de documentación escrita.

Respecto de la declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada, el referido artículo 448 tampoco realiza una remisión obligada a la grabación como sistema de documentación "*podrá llevarse a*

cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba."

La modificación de ambos artículos (433 y 448) confirma, que nuestra norma rituaria sigue optando por un procedimiento escrito en su fase de instrucción, y a tal conclusión se llega, fácilmente, si examinamos las normas del Sumario, supletorias en la tramitación de las Diligencias Previas (por remisión expresa del artículo 774 y 777 LECrim). Baste observar la redacción de los artículos, que en nada han sido modificados, en relación a los modos de documentación previstos para las actuaciones en fase instructora, muchas de los cuales tienen como objeto la producción de fuentes de prueba: 326, 327, 332, 333, 334, 349, 367ter, 397, 401, 402, 403, 404, 443, 444, 445, 453, 477 y 478 todos de la LECrim.

Como matización a la anterior afirmación, la LECrim. ya preveía, en sede de procedimiento abreviado, como forma apta de documentación, en los artículos 777.2 y 797.2, el recurso a los medios audiovisuales, pero solo a los efectos probatorios como prueba preconstituida-artículo 730 LECrim.- permitiendo la grabación de dichas testificales, haciendo paralelismo entre levantamiento de acta y grabación, estableciendo la posibilidad de documentar la diligencia en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes.

La propia reforma que se comenta, Ley 4/2015, modifica también el artículo **730 LECrim.** precisando que podrán también *"leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario" ,* en aquellos supuestos contemplados en dicho artículo, en consonancia con lo que se preveía para el procedimiento abreviado.

Pero en este caso, la prueba preconstituida no es potencialmente diligencia de instrucción sino prueba, lo que tiene interés desde el punto de vista de diferenciar entre lo que tiene acceso y lo que no debe tener acceso al juicio oral.

La fuente de prueba no es prueba y, por tanto, solo en aquellos supuestos en los que exista un alto pronóstico de incomparecencia del testigo para el acto del juicio, cabrá establecer condiciones en su producción similares a las del juicio oral, procurando la fijación de la información aportada por aquél de la manera más fidedigna posible, tal y como se previene en los artículos citados (777.2 y 797.2 LECrim.), pero siempre sin olvidar que el recurso al artículo 730 citado, lo será solo en situaciones extremas, casos-límite, y por motivos objetivos.

No se debe olvidar que las actuaciones previas no deben sustituir al plenario, la Instrucción no debe entrar de forma íntegra en la fase de enjuiciamiento, siendo uno de los principios fundamentales de nuestro sistema penal el garantizar la estanqueidad (salvo excepciones tasadas) del juicio oral, como medio de preservar la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento frente a la instrucción.

La posibilidad de grabar las diligencias de instrucción, no debe convertirse en regla procesal, no debe ser el flotador al que asirse cuando sintamos que, la insostenible carga de trabajo de nuestros órganos de Instrucción, nos ahoga.

Un último apunte es el relativo a la extraordinaria dificultad que supondrá la gestión de la información si es documentada mediante sistemas audiovisuales en supuestos de macroprocesos o en causas de especial complejidad, para el Juez, para tomar con rigor las decisiones de avance y fin de la instrucción y para las partes (por muchos protocolos que se elaboren al respecto, que los hay), la dificultad de revisión para la segunda instancia, en supuestos de revisión de decisiones interlocutorias, imposibilitando la resolución de los recursos en un tiempo razonable, y para el órgano de Enjuiciamiento, cuando se ejercite por las partes la previsión contenida en el artículo 714 de la LECrim., situación que se agrava en los juicios por Jurado (artículo 46 LOTJ).

Para terminar, en relación con el tema que tratamos, citar el artículo **123.6, in fine de la LECrim** (modificado por **LO 5/2015, de 27 de abril**, sobre interpretación, traducción e información en los procesos penales), que ha sido reformado, posibilitando la utilización, facultativa, de la documentación audiovisual.

"6. Las interpretaciones orales o en lengua de signos, con excepción de las previstas en la letra b) del apartado 1, podrán ser documentadas mediante la grabación audiovisual de la manifestación original y de la interpretación. En los casos de traducción oral o en lengua de signos del contenido de un documento, se unirá al acta copia del documento traducido y la grabación audiovisual de la traducción. Si no se dispusiera de equipos de grabación, o no se estimare conveniente ni necesario, la traducción o interpretación y, en su caso, la declaración original, se documentarán por escrito."

LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2015 EN EL ÁMBITO DE LA EJECUCIÓN PENAL

Montserrat COMAS D'ARGEMIR, Carmen SÁNCHEZ-ALBORNOZ y Josep Antoni RODRÍGUEZ . Magistradas/o de la Audiencia Provincial de Barcelona

En las últimas Jornadas de la Comisión Penal de Jueces para la Democracia, celebradas en Madrid los días 4 y 5 de Noviembre del 2015, se han abordado varios temas relativos a la reforma del Código Penal derivada de la LO 1/2015, de 30 de marzo. Una de las mesas de reflexión y debate se ha centrado en la Ejecución Penal y específicamente en las modificaciones introducidas en el art. 80 y sgs, en el ámbito de la suspensión de las penas cortas de prisión y también en el art. 89, aplicable a los extranjeros, respecto a la sustitución de las penas de prisión por expulsión del territorio nacional.

Los tres ponentes decidimos como metodología centrar el debate en torno a un cuestionario, al haber entrado en vigor la reforma el pasado día 1-7-2015 y en consecuencia, en la fecha de celebración de las Jornadas, la nueva regulación ya se está aplicando habiendo surgido algunos problemas de interpretación. Esta metodología ha hecho posible que se alcanzarse una amplia participación de los asistentes en las Jornadas. No se alcanzaron conclusiones al no tratarse de un seminario orientado a este objetivo, sino que su finalidad era reflexionar y compartir las distintas interpretaciones de algunos preceptos de la reforma en los primeros meses de su andadura. Por ello, hemos considerado de utilidad publicar en el Boletín de la Comisión Penal de JpD el resumen de la exposición de los ponentes en cada uno de los temas tratados, siguiendo el mismo orden de las preguntas tal y como fueron debatidas.

Como opinión global común queremos resaltar que en este ámbito –a diferencia de los demás- la reforma penal es positiva porque otorga a los Jueces mejores herramientas y más flexibilidad y discrecionalidad para decidir si procede la suspensión de las penas cortas de prisión, con o sin medidas, a fin de evitar los efectos desocializadores del ingreso en prisión. A título de ejemplo, desaparecen muchos de los automatismos legales previstos en la regulación anterior respecto a la valoración de los antecedentes penales del condenado, de forma que la existencia de un antecedente penal no cancelable no impida en todos los casos la concesión de la suspensión. De esta forma, en los requisitos establecidos para la suspensión, en el art. 80.1 se establece como gran novedad "Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros". Y el mismo criterio se ha introducido en la regulación de la revocación de la suspensión, dado que el hecho de cometer un delito en periodo de suspensión, no comporta automáticamente la revocación de la pena suspendida, sino que ello se vincula a que el delito cometido "ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión ya adoptada ya no puede ser mantenida" (art. 86.1 a).

Así mismo, la nueva modalidad de suspensión sustitutiva prevista en el art. 80.3 CP, supone un cambio importante dado que ya no se trata de una sustitución por pena de multa o por trabajos en beneficio de la comunidad como en el antiguo art. 88, sino de medidas, para cuya concreción, determinación y cumplimiento no pueden aplicarse las mismas normas de conversión de la actual regulación, con amplia libertad del Juzgador para señalar la duración y cuantía, según las circunstancias concretas del acusado y con sujeción únicamente a los límites máximo y mínimo previstos en dicha norma.

Temas debatidos:

1 **Problemas de Derecho Transitorio: ¿Es aplicable la nueva regulación de la suspensión de la pena a condenas y hechos anteriores al 1 de julio del 2015, en los casos en los que no se haya resuelto la forma de ejecución de la pena? ¿Es necesario oír al penado respecto a la norma más beneficiosa? ¿La revocación de la pena, por la comisión de un delito en el periodo de suspensión, necesariamente ha de ser examinada conforme al actual redactado del art. 86 1 a) CP por ser norma más beneficiosa que la anterior?.**

Hemos defendido la posibilidad de aplicar la nueva redacción de los artículos 80 a 87 del Código, de forma retroactiva, a los supuestos en los que, tanto la infracción cometida como la sentencia condenatoria firme (si no es firme debe aplicarse la disposición transitoria tercera de la LO 1/2015) son anteriores a la entrada en vigor de la reforma, si se valora que la nueva regulación es "norma más favorable" para el penado, y sin necesidad de proceder a la revisión de dicha Sentencia. Se trata, entonces, en estos casos de aplicación directa y única de la figura de a suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, de la aplicación del artículo 2. 2 del Código Penal y del apartado primero de la disposición transitoria primera de la LO 1/2015, pero sin entrar en los presupuestos de la disposición transitoria segunda (ni en el del apartado segundo de la primera).

La justificación es múltiple. Por un lado, estamos ante normas que regulan la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad ya impuestas, sin posibilidad de incidir en su dimensión temporal (duración y gravedad), de manera que pierde su fundamento la necesidad de la comparación de las "normas completas" de uno y otro Código. Esta parece ser la tesis de la STS 1458/2002, FJ Séptimo, en la que decide sobre la condición de norma penal más favorable en base a la aplicabilidad de las condiciones del artículo 78 respecto del cumplimiento de la pena resultante de la acumulación de condenas.

Por otro lado, es un argumento que las normas reguladoras de la suspensión se aplican, por disposición expresa, valorando las circunstancias concurrentes, del delito y del penado, en el momento de la resolución, no las del momento de comisión del hecho o las del momento del dictado de la sentencia condenatoria. Esta es la postura de la reciente Sentencia de la Sec. 1ª de la A.P. de Valencia, de 23 de octubre de 2015, que concluye: "la norma aplicable ha de ser la vigente en el momento de verificarse las operaciones correspondientes a su ejecución".

En cualquier caso, la aplicación retroactiva del nuevo artículo 80, y preceptos sucesivos, del Código siempre tendrá como requisito la consideración de que sea "norma penal más favorable". A modo de ejemplo, el nuevo artículo 86, regulador de la revocación de la suspensión, tanto en los supuestos que la habilitan y de sus consecuencias, ha de aplicarse directamente, incluso cuando la suspensión se acordó antes del 1 de julio de 2015, siempre y cuando la resolución judicial razones suficientemente que se trata de una norma, en su globalidad, más favorable para el reo.

A estos efectos, pensamos que sería deseable dar audiencia al penado, o al menos a su representación si no es posible, antes de decidir sobre tal condición (norma penal más favorable).

2 **El art. 82.1 establece que la suspensión de la ejecución de la pena se resolverá prioritariamente en la sentencia siempre que resulte posible. En los demás casos una vez la sentencia sea firme. Teniendo en cuenta la valoración de las circunstancias personales y demás requisitos que establece el art. 80 y sigs. ¿en qué casos, además de las conformidades, es factible resolverlo en la propia sentencia?**

Una de los importantes déficits que presenta la ejecución penal en España es la ausencia de un procedimiento que regule los mecanismos de petición de las partes, contradicción y audiencia, a fin de resolver en una única resolución judicial si la pena debe ser ejecutada mediante ingreso en centro penitenciario o en cualquiera de las modalidades previstas en

el texto del CP vigente hasta el 30-6-2015 –suspensión o sustitución-. La ausencia de un procedimiento específico comporta que las defensas soliciten en fechas sucesivas sus peticiones. Por otra parte, hay Jueces/zas que han venido interpretando que la ausencia de petición impide resolver en un solo acto si la pena puede ser suspendida o sustituida.

Con la reforma se pretende poner fin a esta insatisfactoria situación procesal. A partir del 1-7-2015 el/la Juzgador/a deberá, en la propia Sentencia de forma preferente y si ello no es posible en la fase de ejecución (art. 82. 1), decidir en una sola vez, si procede al ingreso en prisión o a la suspensión de la pena y dentro de ella deberá optar por las distintas modalidades: a) la que conocemos como ordinaria para penas no superiores a dos años de prisión (art. 80. 1); b) la modalidad de suspensión denominada "sustitutiva" con imposición de medidas, entre ellas la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad, para los supuestos de no primariedad delictiva, siempre que no "sean reos habituales" para penas hasta dos años de prisión (art. 80. 3); y c) por drogadicción para penas hasta cinco años de prisión (art. 80.5).

El criterio de preferencia a favor de que se resuelva en la sentencia obliga a cambiar las formas de resolución actuales. Por una parte, la mayor dificultad en la que nos encontramos es la falta de información y de acreditación de las circunstancias personales del acusado cuando se ha de dictar la sentencia, problema que también existe en el momento posterior, cuando la sentencia es firme, y se ha de dictar un auto motivado. En general, tanto el Ministerio Fiscal como las defensas no aportan en el plenario aquellas pruebas documentales o testificales que acrediten las circunstancias personales, familiares, sociales, de trabajo o de ingresos del acusado que sirvan al Juzgador/a para modular la pena y la cuantía de la multa, en caso de condena. Con la previsión legal antedicha, la necesidad de que en el juicio se aporte dicha prueba es no solo conveniente, sino también necesaria, para poder someterla a contradicción, así como las peticiones de las partes acerca de cómo debe ejecutarse la pena, en caso de condena. Ello permitirá poder pronunciarse en la sentencia acerca de la suspensión y sus distintas modalidades. Esta previsión legal no debe ceñirse únicamente a los casos en los que se produzca una conformidad –que es el caso más factible e indiscutible para hacerlo-, sino también en otros supuestos en los que la petición de la pena, en las conclusiones definitivas sea la de prisión hasta dos años.

Un sector judicial entiende que en el plenario lo que se debate es la inocencia o culpabilidad del acusado y por tanto no debe introducirse ningún debate acerca de la prueba relativa a las circunstancias a las que se refiere el art. 80.1 CP para decidir si corresponde adoptar la suspensión en caso de condena. Sin embargo, al igual que existe un mandato legal en el art. 89.3 CP para sustituir por expulsión del territorio nacional a los extranjeros las penas de prisión superiores a un año y ello debe realizarse preferentemente en la sentencia, y así se está haciendo mayoritariamente, de la misma es importante que se cambien las rutinas actuales y aceptar que el plenario es un marco idóneo para someter a contradicción las pruebas respecto a los criterios del art. 80.1 CP necesarios para resolver en la propia sentencia si la pena debe ser o no suspendida en caso de condena.

3 Caso de no haberse resuelto en la sentencia, una vez firme la misma, ¿es recomendable celebrar vista, teniendo en cuenta que en una única resolución judicial deben resolverse las posibles modalidades de la suspensión: la ordinaria, la sustitutiva, la de drogadicción, la cautelar por petición de indulto o interposición de recurso de amparo?

Dos premisas condicionan las posibles respuestas a esta cuestión:

a) El Legislador ha optado por un sistema de concentración, ampliamente reivindicado durante mucho tiempo por los jueces, de manera que impone al Juez de ejecución que resuelva sobre todas las modalidades o formas de suspensión de la ejecución en una única resolución (Auto), evitando la reiteración de diferentes resoluciones y sucesivos recursos sobre cada de las pretensiones que se podía derivar de las normas de los arts. 80-81, 80. 4, 87 y 88 del Código Penal en su

redacción anterior a la reforma.

b) El Legislador se ha decidido, finalmente, por trasladar al texto de la norma la doctrina que el Tribunal Constitucional ha construido respecto de la motivación y la discrecionalidad de las resoluciones judiciales en materia de ejecución. Dicha doctrina, descrita en multitud de Sentencias (320/2006, 75/2007, entre otras) impone un canon reforzado de motivación, por la afectación de la libertad como valor constitucional en dichas resoluciones y, entre otras referencias, incluye la obligada valoración de las circunstancias personales del penado (familiares, laborales, etc.). Ello se traslada ahora al artículo 80 del Código, con carácter preceptivo para el Juez, en el párrafo segundo del apartado primero, a los efectos de decidir si "es razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos".

Consideramos que estas dos premisas hacen obligatoria la utilización de un espacio o escenario procesal, llámense "vista de ejecución", "audiencia" o de otra forma, en el que sea posible, por un lado que el juez conozca aquellas circunstancias personales del penado (o pueda determinar el medio probatorio adecuado para conocerlas), y por otro lado, que las partes, sobre todo el penado, puedan formular las pretensiones que pueden derivarse de la nueva regulación, en cuanto a las modalidades y formas de la suspensión. El "método" empleado habitualmente hasta ahora, consistente en resolver directamente tras la incoación de la ejecutoria, a la vista de la hoja histórico-penal, o con un traslado formal para alegaciones al Procurador del penado, comportará ahora un doble riesgo: la falta de motivación suficiente de la resolución (por no valorarse las circunstancias del 80. 1. 2) o la vulneración del derecho del penado a la tutela judicial efectiva, o el de defensa, por no haber tenido ocasión u oportunidad de formular una pretensión concreta (piénsese en la modalidad excepcional del art. 80. 3 o en la modalidad especial del 80. 5, antes 87)

4

En trámite de Apelación, es aplicable por analogía la Disposición Transitoria Tercera a) de la LO 1/2015 prevista para las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso "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". ¿Se puede en segunda instancia fijar las condiciones, medidas y duración de la suspensión con arreglo a la nueva normativa si el órgano de enjuiciamiento la denegó, en base a la anterior normativa, por estar resuelta antes del 1-7-2015 o debe devolverse a quien dictó la resolución para que pondere la nueva normativa?

El Tribunal de apelación, según esta disposición, deberá aplicar de oficio la nueva normativa cuando deba resolver un recurso de apelación contra una resolución dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma. La cuestión que se plantea se refiere al supuesto en que proceda estimar el recurso contra una decisión denegatoria de la suspensión por considerar que la nueva regulación es norma más favorable al reo: ¿debe el tribunal de apelación, en todo caso, "devolver" la causa al órgano con competencia objetiva (Juez de ejecución) para que resuelva conforma a la nueva normativa?, o, por el contrario, puede resolver sobre el fondo, acordando una suspensión, incluyendo su duración, sus condiciones, etc.?

Defendemos que es posible, e incluso recomendable, la práctica de esta segunda opción, por razones de economía procesal y de evitación de dilaciones. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el caso concreto puede ser tan controvertido que al Tribunal de apelación no le resulte posible resolver con una motivación suficiente, desde los parámetros del art. 80. 1. 2 del C.P., de tal manera que lo procedente sea remitir la causa al Juzgado de lo Penal para su debida resolución. 7. Derecho Transitorio. Aplicación retroactiva del artículo 89 CP. 1. Supuestos de aplicación del nuevo precepto en penas de prisión inferiores a un año. 2.

¿Debe revisarse la sentencia cuando se ha aplicado la sustitución pero todavía no se ha materializado? 3. ¿Debe procederse a la revisión de oficio o solo procede a instancias del penado?

5 En los delitos leves y de otra naturaleza ¿es aplicable la suspensión de los arts. 80 y sigs. del CP a los días de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, si se cumplen los requisitos legales, con independencia de las otras modalidades previstas en el art. 53.1 CP – un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente?

La derogación del Libro III del antiguo Código Penal ha supuesto la despenalización de algunas faltas –que se reconducen a la vía administrativa o a la civil- y la catalogación como delitos leves de otras. Respecto de estos últimos, a diferencia de las faltas, les son de aplicación todos los preceptos de la parte general del Código Penal, entre otros los relativos a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, las reglas penológicas del art 66 y el régimen de suspensión del art. 80 y sigs. Ninguna de las penas previstas en los delitos leves comporta la pena de prisión, al tener prevista todos ellos como penas máximas imponibles: tres meses de localización permanente, tres meses de multa o la de treinta días de trabajos en beneficio de la comunidad (art 33.4 CP)

En épocas de crisis económica como ésta, se producen muchos impagos totales o parciales de la pena de multa, al producirse la pérdida de trabajo o la finalización de las prestaciones por desempleo o de las ayudas económicas. Ante la falta de bienes del penado se acuerda su insolvencia y la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria (RPS). El art. 53.1 CP establece tres modalidades de cumplimiento de la RPS: privación de libertad, trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente en las condenas por faltas penales. La cláusula de conversión de "un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas" ha pasado a ser en algunas sentencias la única forma de cumplimiento, de manera que dicha fórmula aparece

reiteradamente estandarizada en el fallo, cualesquiera que sean las circunstancias del caso. Sin embargo, ello no implica ignorar que existe en dicha regulación legal formas de cumplimiento distintas a la privación de libertad.

La forma de ejecución de la RPS debe realizarse en el trámite de la ejecución de la sentencia, dado que exige el impago de la multa. Y, por ello no es adecuado que en el fallo de la sentencia se determine de forma expresa una de las modalidades de cumplimiento –la privación de libertad- de forma que tal determinación excluya otras modalidades a determinar en la fase de ejecución, teniendo en cuenta, entre otros criterios, el comportamiento del penado. No es lo mismo los casos de incumplimiento total de la pena de multa, de forma que tras solicitar el pago fraccionado no se abone ningún pago de los acordados judicialmente, que los casos de impago sobrevenido por causas que lo justifican de forma excepcional.

Precisamente por esta característica de pena privativa de libertad, que además es de corta duración, y para evitar los efectos negativos de la ejecución de las penas privativas de libertad de corta duración, el legislador también establece la posibilidad de que esta pena se cumpla mediante TBC, siempre que el penado preste su consentimiento de forma personal (art. 49.1 CP). Dicha forma de ejecución, cumple por tanto la función de dar una alternativa a los ingresos en prisión de corta duración. Su operatividad es importante, sobre todo cuando la multa es la única pena impuesta, cuando no se ha condenado a otras penas de prisión, en los supuestos de primariedad delictiva, o en los casos en los que el número de cuotas adeudadas comporte, por la regla de conversión, que la pena privativa de libertad sea de corta duración, es decir, inferior a seis meses de prisión.

Pero además, a partir del 1 de Julio de 2015, los Jueces de Instrucción –que son los competentes para el enjuiciamiento de los delitos leves- podrán incorporar una nueva modalidad de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria, cual es la derivada de la suspensión de la misma, si reúne los requisitos del art. 80, atendiendo a que la suspensión puede ser adoptada respecto a cualquier pena privativa de libertad y la responsabilidad personal subsidiaria lo es a tenor de lo previsto en el art. 35 del Código Penal.

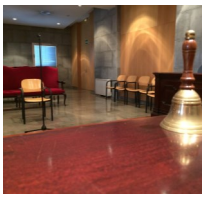
LA SUSTITUCIÓN DE PENAS POR EXPULSIÓN A EXTRANJEROS EN EL CP TRAS LA REFORMA OPERADA POR LO 1/2015 DE 30 DE MARZO.

6 Derecho Transitorio. Aplicación retroactiva del artículo 89 CP. 1. Supuestos de aplicación del nuevo precepto en penas de prisión inferiores a un año. 2. ¿Debe revisarse la sentencia cuando se ha aplicado la sustitución pero todavía no se ha materializado? 3. ¿Debe procederse a la revisión de oficio o solo procede a instancias del penado?

1. La DT1. 1 LO 1/2015 exige la revisión de condenas cuando la nueva ley sea más favorable, entendiendo que la desaparición de la sustitución por expulsión, puede, en según qué supuestos, resultar más favorable. La banda penológica se acota por el límite superior de la pena, en el año de prisión. En todo caso, es obligatorio oír al condenado, pues en algunos supuestos puede resultar menos gravosa la expulsión que cumplir la pena o viceversa.

2. El límite temporal para proceder a la revisión, se sitúa en la no materialización de la expulsión, por lo tanto, entendemos que toda sustitución que derive de una pena de prisión que no supere el año, será susceptible de revisión, aunque el condenado este ingresado en CIES o en Centro Penitenciario pendiente de expulsión.

3. La revisión puede iniciarse tanto de oficio como a instancia del penado. Nada impide la revisión de oficio. Será aplicable tanto en primer instancia, como en las sentencia dictadas en recurso de apelación -DT3 a)-.



En todo caso será preciso oír al penado, bien por escrito o celebrando una vistilla para ir al reo- DT1.3- .

Se ha de valorar que, en esta vistilla se oirá al condenado sobre la revisión, pero, aprovechando su presencia y la de su letrado, puede permitir perfilar la forma de ejecución de la pena, que no se sustituye, y, en su caso, el pago de la responsabilidad civil y de la multa, si las hubiere.

Respecto a la posibilidad de revisión de la pena en segunda instancia, cuando el objeto del recurso no es la propia sentencia, sino un auto dictado en materia de ejecución, hay dos posturas encontradas:

Primera. Devolver la causa al Juzgado penal para la revisión de la sentencia. Se funda en que se garantiza la doble instancia en materia de revisión.

Segunda. Resolver directamente sobre la revisión en segunda instancia. Se funda en la agilidad de la resolución de la ejecución, evita el colapso de los Juzgados penales, por la devolución de múltiples ejecutorias, y está amparado por la DT3 a), que permite la revisión de las sentencias, directamente, en segunda instancia, sin necesidad de pronunciamiento previo del Juez penal – y por tanto, es el propio legislador, el que pendiente un recurso, atribuye la competencia para la revisión al tribunal de apelación-.

7 Principio de proporcionalidad (art. 89.4 CP).

1.- Límites de su aplicación. Límite temporal de la duración de la pena.

2.- ¿Es posible aplicarlo a penas superiores a cinco años?

1. El artículo 89.4 CP no estable ningún límite temporal, y en el régimen general, pues establece otro régimen más

"benévolo" para los ciudadanos de la UE, hace depender la no expulsión, cualquiera que sea la extensión de la pena de prisión impuesta, de una valoración ponderada de:

- Circunstancias del hecho
- Circunstancias personales del autor
- Arraigo, al que se le da una especial prevalencia. En la valoración de este parámetro, el legislador, establece unos límites en los dos supuestos desarrollados en el párrafo tercero del 89.4:

  a Condena previa por uno o más delitos de determinada naturaleza, con bienes jurídicos de especial protección,

  b Condena previa por uno o más delitos de terrorismo u organización criminal.

La aplicación del criterio de proporcionalidad, se ve reforzado en relación a los ciudadanos de la UE, pues exige, además, que el delito cometido suponga una amenaza grave para el orden público o la seguridad ciudadana.

8 Límite procesal del principio de proporcionalidad. Momento de su aplicación en supuestos de penas inferiores a cinco años de prisión - artículo 89.1 CP-. Toda vez que este precepto contempla la posibilidad de proceder a la sustitución íntegra de la pena o la de acordar la ejecución parcial de la misma con un máximo de duración de dos tercios, con posterior expulsión:

8.1 ¿Es posible fijar en sentencia o en auto posterior (art. 89.3), solo la parte de pena que debe cumplirse y diferir la resolución sobre la sustitución del resto de la pena al momento en que la fijada quede cumplida?

Si no se acuerda directamente la total sustitución de la pena de prisión inferior a cinco años– 89.1. inciso primero-, y se acude a la excepción del inciso segundo, por entender que es necesario, dada la naturaleza del delito y las circunstancias del condenado aplicar el criterio defensista- asegura la defensa del orden jurídico y restablecimiento de la confianza en la norma infringida por el delito-, la cuestión la debemos reconducir al momento de aplicación del principio de proporcionalidad. El elemento decisivo es valorar sí, al resolver sobre la parte de pena que debe cumplirse, tenemos todos los datos para ponderar, ya en ese momento, la aplicación del 89.4, o bien, en determinados supuestos, debemos esperar a la evolución del condenado durante el cumplimiento de la parte de pena fijado.

Frente a la negativa tajante, entendemos que es posible otra interpretación, y valorar que ningún obstáculo procesal hay cuando el criterio defensista se aplica no tanto por la naturaleza del delito objeto de condena, sino por las circunstancias personales del penado, que pueden ser susceptibles de evolución favorable durante el cumplimiento de condena, por haberse producido reagrupamiento familiar, haber obtenido un buen resultado en los programas penitenciaros, haber resarcido a la víctima, etc.

La expresión del 89.1 inciso tercero, relativa a que "en todo caso, se sustituirá el resto de la pena por expulsión", ciertamente de contenido imperativo, puede ser soslayado por la aplicación de la excepción, prevista en el apartado 89.1 inciso segundo y el 89.4. Además el 89.3, permite la resolución sobre la sustitución en sentencia, y como ya hizo el legislador de 2010, también en un momento posterior, pero en absoluto hace mención a que deba resolverse, en un mismo momento, sobre la parte de pena que deba cumplirse, en aras del criterio defensista, y la que debe ser sustituida por expulsión, al que le será de aplicación el principio de proporcionalidad. No impone la unidad de resolución para fijar la parte de pena que debe ser cumplida y/o sustituida.

8.2 Fijada en sentencia o auto posterior la parte de pena que debe cumplirse y la parte que se sustituye ¿ Es posible aplicar el principio de proporcionalidad previsto en el artículo 89.4 CP, una vez cumplida la parte de pena de prisión fijada en sentencia, dejando sin efecto la sustitución del resto de la pena impuesta, por haber devenido desproporcionada? ¿O dicha opción está excluida por el nuevo redactado del art. 89.1 "en todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la

expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional"?

En este caso, estaríamos ante una resolución firme, que no puede ser modificada, ni revisada. Por ello en los supuestos de duda, procedería resolver de forma separada. Fijar, primero, la parte de pena que debe ser cumplida en centro penitenciario y después, llegado el momento de la expulsión, resolver sobre si procede aplicar la sustitución o bien el criterio de proporcionalidad del artículo 89.4.

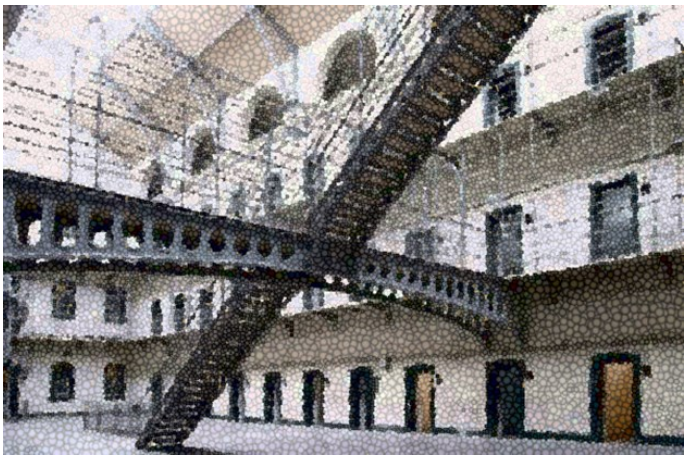
Añadir que el mismo razonamiento que hemos hecho respecto a las penas inferiores a cinco años de prisión, es posible realizarlo en penas superiores a este límite- 89.2- pues la única diferencia que encontramos radica en que, en el primer supuesto, la aplicación del criterio defensista es optativo y no obligatorio, pero si en el segundo.

Todo ello, por la redacción del artículo 89.4, que se proyecta –como principio constitucional de individualización de la pena- sobre todo el contenido del artículo 89 y los diversos supuestos que contempla.

9 Toda vez que el nuevo redactado del artículo 89, por regla general, combina pena y sustitución una vez alcanzado el tercer grado o la libertad condicional, y el penado deberá ser necesariamente expulsado. ¿Cómo se articula la compatibilidad de esta pérdida de beneficios penitenciaros con el artículo 25 CE y los principios que rigen la LOGP?

El sistema penitenciario y su buen éxito se articula, de cara al penado, en las posibilidades de alcanzar la libertad. No dejan de ser la aplicación de un conjunto de medidas orientadas a la reinserción.

Instituciones tales como la clasificación en grados, los permisos de salida y la libertad condicional, junto con el trabajo carcelario y la formación, son los elementos sobre los que se articula el sistema, como medidas orientadas a la reinserción, sin perjuicio de los programas de tratamiento específicos, atendiendo a cada tipo de interno, delito y etiología del hecho delictivo.



La realidad evidencia que, incluso, con la legislación anterior, en la que el cumplimiento de la pena conllevaba la libertad y, alcanzada esta, quedarse en España, no se aplicaban de forma igualitaria los mecanismos reinsertadores a todos los internos. De hecho los extranjeros se han convertido en una minoría dentro de la minoría que configura la población reclusa y sujeta al derecho penitenciario, pues muchos carecen de apoyo socio-familiar, circunstancia que incide negativamente en la evolución y reinserción del penado.

La nueva legislación, que salvo los supuestos de aplicación del artículo 89.4 y el especial tratamiento a ciudadanos de la UE, está abocada a la expulsión de todo condenado a más de un año de prisión. Consecuencia de los expuesto es el choque frontal de esa política de extranjería con el artículo 25 CE y la LOGP, dado que generará una población reclusa extranjera, principalmente no comunitaria, cuya única expectativa, no es la libertad, precedida de periodos de semilibertad, y la posibilidad de reiniciar su vida en sociedad, sino la expulsión del territorio nacional, lo que supone generar una población reclusa totalmente desmotivada, qué, en la práctica, carece de expectativas reinsertadoras, no solo para su propia resocialización, pues les dé lo mismo si les van a expulsar, sino para resarcir a la víctima, o colaborar en programas de desintoxicación, violencia etc. Motivo que puede avalar el razonamiento efectuado en el punto 9.1 ya analizado.

10 Regreso a España antes de trascurrir el periodo de expulsión.

1.- ¿Deberá procederse a la revisión de la

sentencia en los supuestos de penas inferiores a un año?

Conforme a lo dicho en la propuesta 7.2, el límite de la revisión de la expulsión sustitutiva está en que se materialice la expulsión. El regreso, es una institución diferente, que conlleva no solo la aplicación de las posibilidades de reducción del artículo 89.7, sino la posibilidad de atender, en su caso, a la aplicación, para el cumplimiento de la pena que reste, o se fije que deba ser cumplida, de los supuestos del artículo 80 CP.

2.- ¿Alcance de la previsión de reducción de pena del artículo 89.7, en que supuestos debe aplicarse?

El 89.7, mantiene la obligación de dar cumplimiento a la pena sustituida en caso de que el extranjero expulsado regrese durante el periodo de sustitución, pero también introduce el criterio de proporcionalidad, al permitir que se reduzca la duración de la pena inicialmente impuesta, cuando su cumplimiento resulte innecesario para el fin preventivo de la pena. Criterio que no es aplicable si el penado es sorprendido en la frontera, donde se produce nuevamente su expulsión y se reinicia el cómputo de la pena por expulsión.

3.- ¿Es posible aplicar en este momento el principio de proporcionalidad y atender también, aunque expresamente no esté previsto, a las circunstancias personales del penado?

El criterio de proporcionalidad exige valorar tanto el tiempo transcurrido desde la expulsión, como las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. Principio que opera, una vez más, para evitar situaciones de exacerbación en el cumplimiento de la pena sustituida, pues no puede tener igual valoración jurídica, a efectos del cumplimiento de la pena, la duración de la expulsión que se ha cumplido, esto es, no puede tener iguales consecuencias el regreso a los pocos días de la expulsión, que, en el límite máximo del periodo fijado y casi cumplida.

El legislador permite modular esta respuesta atendiendo precisamente al tiempo de sustitución cumplido y a las circunstancias del incumplimiento. No puede valorarse igual quien regresa a delinquir, que quien regresa porque tuvo que dejar aquí a su mujer e hijos.

4.- ¿Cabe aplicar analógicamente esta previsión de reducción de pena a otros supuestos y en concreto al previsto en el apartado 9.2 de este cuestionario?

No es posible. La fijación de pena que debe cumplirse, al aplicar el criterio defensista, debe quedar fijada al inicio del cumplimiento, remitiéndonos a lo dicho respecto a la resolución sobre la expulsión en un momento posterior –pregunta 9.2-. En todo caso, la resolución judicial ante el regreso, exigirá valorar la parte de pena cumplida y el resultado de dicho cumplimiento, siendo un parámetro importante el resarcimiento de las víctimas.

11

En el supuesto en que acordada la sustitución no pueda llevarse a cabo la expulsión – 89.8 segundo- y deba cumplirse la pena ¿cabe aplicar analógicamente la reducción de pena del 89.7?

No, pues lo que da lugar a la reducción de pena, es precisamente, la exacerbación punitiva que se produce por la coexistencia- por ende la suma- en la respuesta penal al delito de la pena de prisión y la expulsión sustitutiva.

EL DECOMISO TRAS LA REFORMA DEL CODIGO PENAL OPERADA POR L.O. 1/2015

José Manuel SÁNCHEZ SISCART. Magistrado

INDICE:

1.¿Qué soluciones aporta la nueva regulación del decomiso en nuestro Código Penal?.

2.¿Qué problemática plantean, en su aplicación, los diferentes tipos de decomiso que puede acordar el juez o tribunal español? (decomiso directo, decomiso por sustitución o valor equivalente, decomiso sin condena penal, decomiso de bienes de terceros, integración del decomiso en ejecución de sentencia).

3.El decomiso ampliado: ¿cuándo se puede aplicar y cuáles son las diferencias más relevantes entre el art. 127 bis y 127 quinquies?.

4.¿Es posible el reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso ampliado basadas en el art. 127 bis y 127 quinquies en otros países de la Unión Europea?

5.¿Qué destino debe darse a los bienes decomisados?

La Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, anuncia la introducción de una "ambiciosa revisión" con el objeto de facilitar instrumentos legales más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito, tomando en consideración la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, de obligada trasposición al ordenamiento interno, si bien yendo mucho más allá, como veremos, de las exigencias mínimas que ésta introducía.

Adolece la regulación introducida, no obstante, de diversas deficiencias técnicas, de variada índole, y lagunas, que no resultan fáciles de solventar, y que trataremos de ir desgranando analizando cada uno de las modalidades de decomiso.

1. Decomiso directo

Aparece regulado en los dos primeros párrafos del art. 127 CP:

1. *Toda pena que se imponga por un delito doloso **llevará consigo** la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.*

1. *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 que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.*

La principal diferencia entre ambos párrafos radica en el carácter imperativo del decomiso cuando se trate de un delito doloso, o facultativo cuando nos encontremos ante un delito imprudente, exigiéndose adicionalmente en el caso de delitos imprudentes que la ley prevea la imposición de la pena privativa de libertad superior a un año por el delito cometido, de particular interés en aquellas modalidades de blanqueo de capitales cometidas por imprudencia, para el decomiso de los honorarios o comisiones que se hayan podido generar.

También resulta imaginable, por ejemplo, el decomiso en supuesto de homicidios o lesiones imprudentes, de los vehículos empleados como medio o instrumento, cuando se constate una relación criminógena y constituya una fuente de peligro, pues incluso el artículo 385 bis, en el Capítulo IV del Título XVII, dedicado a los "Delitos contra la seguridad vial", se recoge expresamente que "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".

2. Decomiso por sustitución o valor equivalente

Se recoge en el párrafo 3º del art. 127:

*3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se **acordará** el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.*

En primer lugar, debemos destacar su carácter imperativo, a diferencia de otras regulaciones, como el Código Alemán, que atienden a las circunstancias que han imposibilitado el comiso del bien original. Además, la interpretación de la cláusula "*por cualquier circunstancia*" puede dar lugar a una aplicación desmesurada, resultando aconsejable reconducirla a aquellos supuestos en los que la frustración del decomiso sobre los bienes señalados sea imputable al sujeto.

La referencia al valor que tenían "*en el momento de su adquisición*" no resulta apropiada, pues en muchas ocasiones no podrá demostrarse una adquisición propiamente dicha.

Por último, también puede resultar inadecuada la referencia al valor de adquisición respecto a los supuestos de bienes que constituyan medios o instrumentos del delito, pues puede tratarse de bienes adquiridos hace muchos años, por ejemplo, un barco, camión, vehículo, que solamente se hayan destinado a la actividad ilícita de forma reciente, por lo que en estos supuestos parece lógico que la fijación del valor vaya referida al momento de comisión del delito, pero no lógicamente a la depreciación previa de un bien anterior a su uso delictivo.

3. Decomiso autónomo o sin condena

Esta modalidad ya fue introducida por la LO 15/2003. Se contempla en el artículo 127 ter que establece la posibilidad de decretar el decomiso, de forma facultativa, cuando, sin mediar condena penal, la situación patrimonial ilícita queda acreditada en un proceso contradictorio, siempre que se produzcan determinadas situaciones, y conste una acusación o imputación de un sujeto contra el que existan indicios racionales de criminalidad.

Las circunstancias que contempla el precepto y que deben considerarse tasadas son:

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

No se incluyen, paradójicamente, los supuestos de sobreseimiento por falta de autor conocido, en los que se han incautado bienes de procedencia delictiva, como, por ejemplo, un barco a la deriva cargado de droga.

En primer lugar, debemos señalar que la redacción del precepto adolece de técnica y coherencia. Por ejemplo, en el caso de rebeldía, se exige cumulativamente que los hechos no puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, lo que a ciencia cierta se desconocerá en la mayoría de los supuestos. Sin embargo, en relación con la enfermedad crónica que impida el enjuiciamiento, ha de concurrir un riesgo de que puedan prescribir los hechos. No parece existir razón aparente para tal diferencia, esto es, que en un caso se atienda al riesgo de prescripción, y en el otro al plazo "razonable" de enjuiciamiento. Pero junto a ello, al incluir los supuestos de extinción de responsabilidad criminal, no parece siquiera que la exigencia relativa al riesgo de prescripción fuese necesaria. Dichos requisitos añadidos relativos al riesgo de que puedan prescribir los hechos o a que puedan ser enjuiciados en un plazo razonable deberían haberse suprimido, de la misma forma que se suprimieron en el texto final de la Directiva 2014/42/UE en relación con el proyecto inicial.

De entre los supuestos de extinción de la responsabilidad criminal previstos en el art. 130 CP, cabe incluir la prescripción del delito como causa de extinción de la responsabilidad criminal (por lo que no se entiende la exigencia cumulativa del riesgo de prescripción en caso de enfermedad crónica), así como el perdón del ofendido en aquellos delitos que así se prevea (art. 130.1.5º CP). Entre los supuestos de exención de responsabilidad criminal cabría citar los supuestos en los que concurra una causa de justificación (artículo 20 CP), desistimiento activo en caso de tentativa (art. 16.2 CP), excusa absolutoria (artículo 268 CP), o regularización de cuotas tributarias o de la seguridad social (art. 305 y ss).

Sorprende que, a pesar de la expresa previsión contenida en el art. 127 ter en relación con los supuestos de exención o extinción de la responsabilidad criminal, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que ha introducido el procedimiento de decomiso autónomo (art. 803 ter e y ss.), al que se remite el art. 127 ter, concreta su ámbito de aplicación a los supuestos de fallecimiento, rebeldía, o incapacidad para comparecer en juicio, únicamente, a salvo de aquellos supuestos en los que el Ministerio Fiscal se limite a solicitar en la causa principal el decomiso de bienes (sic) reservando expresamente para este procedimiento su determinación. Es decir, no contempla expresamente los supuestos de exención o extinción de la responsabilidad criminal. Además dicho procedimiento de decomiso autónomo queda excluido cuando la acción de decomiso hubiera sido ejercitada con anterioridad, según establece el art. 803 ter e) LECRIM.

Parece aconsejable, pues, que en los supuestos en los que la exención o extinción de la responsabilidad criminal se haya acordado en sentencia, se resolviera también en la misma sobre el decomiso, a semejanza con lo previsto en el art. 118 CP, en la medida en la que pudiera resultar aplicable en el caso o circunstancias concretas (por ejemplo, en relación con los instrumentos del delito, posibles ganancias, etc.). Dado que el decomiso ya ha formado parte del proceso contradictorio que se haya

seguido, podría resolverse en la sentencia absolutoria sobre esta cuestión, sin necesidad de iniciar un procedimiento autónomo contra el mismo sujeto que ya ha sido absuelto, pues además, tal y como establece el art. 803 ter e) LECRIM, queda excluido el procedimiento de decomiso autónomo cuando la acción de decomiso hubiera sido ejercitada con anterioridad. De hecho, la única exigencia que establece el art. 127 ter, para posibilitar el decomiso sin previa condena penal en los supuestos previstos, es que la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio.

En cuanto a la naturaleza del decomiso sin condena, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, afirma concretamente, acogiéndose a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el decomiso sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que *"es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal"* pues "*dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción (asunto nº 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein*)". Queda, de esta forma, al margen del manto protector del principio de presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH), tal y como ha declarado el TEDH (Phillips v. UK nº 41087/98; Van Offeren v. Holanda de 5 de julio de 2005).

Pero si esto es así, la exigencia que establece el art. 127 ter, de que conste una acusación o imputación de un sujeto contra el que existan indicios racionales de criminalidad, no resulta congruente con la predicada naturaleza civil del decomiso sin condena, y así, por ejemplo, no podrá aplicarse esta figura de decomiso sin condena cuando el sujeto fallezca en el curso de la operación policial, al no haberse producido hasta ese momento imputación o acusación formal.

Por último, también debemos destacar que el art. 127 ter contiene una remisión a los dos artículos anteriores ("*el juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores* (…)", por lo que queda, al parecer, excluido de su ámbito de aplicación el decomiso ampliado previsto en el art. 127 quinquies.

Por otra parte, en los referidos preceptos anteriores al art. 127 ter se regula el decomiso directo, por sustitución, y el decomiso ampliado. Pese a tal remisión expresa e indiferenciada, que incluye sin ambages el decomiso ampliado previsto en el art. 127 bis, no obstante, pueden surgir problemas en su aplicación al tratar de cohonestar dicha remisión con las situaciones contempladas en el art. 127 ter y la regla restrictiva prevista en el art. 127 bis.5 CP.

4. Decomiso de bienes de terceros

El artículo 127 quater regula el decomiso de bienes efectos y ganancias que hayan sido transferidas a terceras personas o de un valor equivalente, siempre que no se trate de un tercero de buena fe.

En la práctica resulta frecuente el empleo de testaferros, sociedades interpuestas, y cualesquiera mecanismos de ingeniería financiera con el fin último de evitar precisamente el decomiso de las ganancias ilícitas.

Se establece la siguiente delimitación en cuanto a su alcance:

- En el caso de efectos y ganancias, cuando se adquieran con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen de ilícito;

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

Este precepto incluye una presunción iuris tantum, salvo prueba en contrario, que el sujeto ha conocido o tenía motivos para sospechar que los bienes eran procedentes de la actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando le han sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.

En primer lugar, resulta criticable que en dichas definiciones queden incluidos varios supuestos de autoblanqueo de capitales, autónomamente penados, que llevarían aparejado el decomiso.

En segundo lugar, en muchos supuestos, la previa transmisión no existirá como tal o no podrá acreditarse, existiendo tan solo una titularidad de hecho o posesión por el tercero, lo que restringe, sin duda, el ámbito de aplicación del precepto, sin perjuicio de aquellos casos en los que pueda acudirse a la prueba inferencial para acreditar que en realidad los bienes pertenecen al autor de los hechos.

Nos podemos encontrar, por tanto, con las siguientes situaciones posibles, en los casos de bienes en poder de un tercero:

- Si se evidencia que es un adquirente de buena fe a título oneroso, no podrá decomisarse el bien, lo que permitirá el comiso por valor equivalente previsto en el artículo 127.3 del Código Penal, respecto de otros bienes de los acusados.

- Si se trata de un adquirente de buena fe a título lucrativo, podrá acordarse el comiso, lo que implica que se le haya permitido ejercitar la defensa de sus intereses, por lo que deberá ser llamado al proceso.

- Si los bienes se han adquirido con conocimiento de su ilícita procedencia, la investigación criminal deberá encaminarse a esclarecer este extremo desde la perspectiva del delito de receptación, blanqueo, o, en su caso, como posibles supuestos de participación criminal en el hecho delictivo de que se trate, sin perjuicio también de la posibilidad de participación a título lucrativo de los efectos del delito.

No se recoge en la actual regulación una regla relativa a la posibilidad de declarar la nulidad de los actos o negocios

jurídicos en virtud de los cuales se haya transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos, como la que se contenía en el anterior artículo 374.3 CP, que ahora ha sido suprimido. Entendemos, no obstante, que la posibilidad de declarar la nulidad de los actos o negocios realizados con terceros que no hayan obrado de buena fe, sigue resultando posible en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6.3 y 1.305 y concordantes del Código Civil, pronunciamiento que entraría dentro de las competencias de los órganos jurisdiccionales penales.

En aquellos supuestos en que nos encontremos ante bienes de titularidad compartida, procederá el decomiso parcial, y en concreto, tratándose de bienes de carácter ganancial, según establece el artículo 1373 del Código Civil, quedan afectos al pago de las deudas propias, debiendo observarse lo dispuesto en el art. 1366 CC.

En el caso de bienes transferidos a terceras personas, surge la duda de si procede decretar el decomiso frente al transmitente y a su vez frente al transmitido, en el primer caso por sustitución, y en el segundo, de forma directa o también por sustitución, o frente solo a uno de ellos. Dicha cuestión no aparece resuelta, y puede resultar desde luego discutible. La Directiva 2014/42/UE, en el considerando 26, contemplaba la posibilidad de que los Estados miembros considerasen el decomiso de los bienes de un tercero como medida subsidiaria o alternativa al decomiso directo, pero nuestra regulación nada aclara respecto a la naturaleza subsidiaria o alternativa del decomiso de bienes de tercero.

En cualquier caso, dado su carácter facultativo (“*podrán*”) debería evitarse esa posible duplicidad, pues de lo que se trata es de evitar la consolidación de patrimonios ilícitos, no de una sanción doble propiamente dicha por la conducta realizada por ambos. De ahí la conveniencia de determinar, en el caso concreto, en función de las circunstancias concurrentes, quién debe responder de la ganancia ilícita obtenida, en qué proporción, de forma

directa, alternativa o subsidiaria, o incluso fijando una obligación solidaria en los casos en los que no pueda delimitarse con claridad, pero evitando esa indeseada duplicidad que se aleja de la propia naturaleza del decomiso.

Por último, este precepto deberá complementarse con la regulación procesal introducida por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (art. 803 ter a y siguientes)), que regula de forma detallada la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso, garantizando la defensa de sus derechos, supliendo así una carencia destacable de la que adolecía nuestra anterior regulación.

5. *Integración del decomiso en ejecución de sentencia*

El artículo 127 septies regula la posibilidad de arbitrar un incidente de ejecución de sentencia, cuando no se haya podido llevar a cabo, por cualquier circunstancia, en todo o en parte, el decomiso sobre los bienes decretado en sentencia firme, de tal forma que podrá acordarse mediante auto el decomiso otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminales responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada, y también cuando a la hora de ejecutar el decomiso de bienes determinados, su valor resulte inferior al que tenían en el momento de adquisición.

Se trata por tanto un incidente dirigido a completar el decomiso impuesto en sentencia firme, más allá de sus estrictos términos contenidos en el fallo, con la finalidad de integrar nuevos bienes, o a la integración del valor de los bienes, cuando la parte ejecutada, o su valor en el momento de ejecutarse, resulte inferior al decomiso inicialmente acordado.

6. *El decomiso ampliado: ¿cuándo se puede aplicar? ¿cuáles son las diferencias más relevantes entre el art. 127 bis y 127 quinquies?*

Esta modalidad fue introducida en nuestro Código Penal en la reforma operada por LO 5/2010 en relación con las actividades delictivas cometidas en el seno de una organización o grupo criminal o terrorista.

Con anterioridad, ya había declarado el Tribunal Supremo, en su Acuerdo de Pleno de 5 de octubre de 1998 *(La sentencia núm. 1061/2002, de 6 junio (Maza Martín) en aplicación del citado acuerdo declara que para el caso del comiso, la Jurisprudencia no requiere que los bienes que resulten objeto del mismo se acredite con exhaustividad que proceden directamente de los concretos hechos objeto de enjuiciamiento, siempre que pertenezcan al acusado cuya responsabilidad ha quedado suficientemente acreditada, se acuerde sobre solicitud expresa de la Acusación, la cuestión haya quedado sometida a debate en el enjuiciamiento y se motive en la Sentencia la decisión al respecto (SSTS de 5 de abril de 1999, 30 de junio de 2000 y 6 de marzo de 2001, por ejemplo, así como Acuerdo del Pleno de la Sala de 5 de octubre de 1998). Más recientemente la STS 1049/2011 de 18 de octubre declara que "en cuanto a la procedencia no exige identificar las concretas operaciones de tráfico ilegal de drogas, bastando con que quede suficiente probada la actividad delictiva". Por último podemos citar la STS 600/2012 de 12 de julio o la 209/2014 de 20 de marzo (ambas de Berdugo Gómez de la Torre) han establecido que "en relación a la primera circunstancia, es decir del origen ilícito, hay que tener en cuenta que esta procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal -presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictivo de modo genérico. Así lo ha entendido esta Sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante (SSTS. 10.11.2000, 28.7.2001, 5.2.2003, 10.2.2003, 14.4.2003, 29.11.2003, 19.1.2005 y 20.9.2005)"*, que "*El comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio.*"

La regulación con detalle del decomiso ampliado constituye una de las novedades más importantes que han sido introducidas por la LO 1/2015, y que ahora se extiende

desmesuradamente, más allá de las exigencias de la propia Directiva 2014/42/UE que implementa*. * *El art. 5 de la directiva 2014/42/UE establece: 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ventaja económica, cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas.*

2. A los efectos del apartado 1 del presente artículo, el concepto de «infracción penal» incluirá, al menos, las siguientes:

a) la corrupción activa y pasiva en el sector privado, a las que se refiere el artículo 2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI, así como la corrupción activa y pasiva en que estén implicados funcionarios de las instituciones de la Unión o de los Estados miembros, a las que se refieren los artículos 2 y 3, respectivamente, del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios;

b) los delitos relativos a la participación en una organización delictiva, de conformidad con el artículo 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI, al menos en los casos en que hayan producido un beneficio económico;

c) hacer que un menor participe en espectáculos pornográficos, captarlo para que lo haga, lucrarse por medio de tales espectáculos, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines, si el menor ha alcanzado la edad de consentimiento sexual tal como se dispone en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2011/93/UE; la distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil, a que se refiere el artículo 5, apartado 4, de dicha Directiva; el ofrecimiento, suministro o puesta a disposición de pornografía infantil, a que se refiere el artículo 5, apartado 5,

de dicha Directiva; la producción de pornografía infantil a que se refiere el artículo 5, apartado 6, de la citada Directiva;

d) la interferencia ilegal en los sistemas de información y la interferencia ilegal en los datos, a que se refieren los artículos 4 y 5,respectivamente, de la Directiva 2013/40/UE, cuando haya resultado afectado un número significativo de sistemas de información mediante la utilización de un instrumento, de los mencionados en el artículo 7 de dicha Directiva, concebido o adaptado principalmente con tal finalidad; la producción intencional, venta, adquisición para el uso, importación, distribución u otra forma de puesta a disposición de instrumentos utilizados con el fin de cometer infracciones, al menos en los casos que no sean de menor gravedad, previstos en el artículo 7 de dicha Directiva;

e) una infracción penal que sea punible, de conformidad con el instrumento correspondiente del artículo 3 o, en caso de que el instrumento de que se trate no contenga un umbral de pena, de conformidad con el Derecho nacional aplicable, con una pena privativa de libertad de al menos cuatro años.

Artículo 127 bis.

1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:

a) Delitos de trata de seres humanos.

b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.

d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.

e) Delitos relativos a las insolvencias punibles.

f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.

g) Delitos de corrupción en los negocios.

h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.

i) Delitos de blanqueo de capitales.

j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.

k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.

l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.

n) Delitos de falsificación de moneda.

o) Delitos de cohecho.

p) Delitos de malversación.

q) Delitos de terrorismo.

r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

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

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

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

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

3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento.

5. El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.

Artículo 127 quinquies.

1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos:

a) Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal.

b) Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada.

c) Que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa.

Son indicios relevantes:

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

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

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

Lo dispuesto en el párrafo anterior solamente será de aplicación cuando consten indicios fundados de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros.

2. A los efectos del apartado anterior, se entenderá que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada siempre que:

1. El sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto.

2. O en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis del Código Penal, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico.

En primer lugar se destaca la falta de concordancia entre

uno u otro precepto, carente de explicación. A título de ejemplo, el art. 127 bis se pronuncia en términos imperativos ("*ordenará*"), mientras que el art. 127 quinquies contempla su imposición facultativa ("*podrá*"). En el art. 127 bis se exige la concurrencia de "*indicios objetivos fundados*", mientras que en el art. 127 quinquies menciona simplemente la exigencia de "*indicios fundados*". El art. 127 bis exige que los bienes procedan de "*una actividad delictiva*", mientras que el art. 127 quinquies exige que se trate de "*una actividad delictiva previa*", entre otros aspectos que a continuación analizaremos.

El matiz diferenciador que quizá presente mayor relieve entre ambas regulaciones viene basado en que el artículo 127 quinquies exige además que esta actividad delictiva previa sea de carácter **continuado** en los términos que se definen en su propio apartado 2º, lo que no se exige en artículo 127 bis. Esta es, junto con su carácter imperativo en un caso –aunque sometido siempre al principio acusatorio*- (art. 127 bis), y facultativo en otro (art. 127 quinquies), la principal diferencia entre ambas regulaciones.

**El Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1998, exigió expresamente el respeto del principio acusatorio a la hora de acordar el comiso previsto en el art. 374 CP, siempre que se trate de ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada.*

En relación con lo dispuesto en este Acuerdo, la Fiscalía General del Estado afirmó también que el "comiso en cuanto consecuencia accesoria está sujeto al principio acusatorio" (circular FGE 2/2005).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, recuerda que "en la acreditación de la concurrencia de los presupuestos de una consecuencia accesoria como el comiso y en la imposición de la misma habrán de respetarse las garantías del proceso (art. 24.2 CE) y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)" (STC 219/2006, FJ 9; 220/2006, FJ 8).

En cualquier caso, la idea central es que el decomiso ampliado podrá abarcar bienes, efectos y ganancias de personas que hayan sido condenadas por uno de los delitos que se detallan en el artículo 127 bis.1, aunque no deriven del concreto delito cometido que sea objeto de condena, exigiéndose en cualquier caso que quede acreditado que provienen de la actividad delictiva.

Subyace la idea de que los delitos incluidos en el catálogo recogido en el art. 127 bis.1 CP, persiguen, de ordinario, la obtención de la ganancia ilícita, cuya consolidación trata de evitarse a través de la figura del decomiso ampliado, aunque no logre demostrarse que procede de las concretas conductas enjuiciadas, sino, en general, de la actividad delictiva del sujeto.

Como puede apreciarse, este catálogo de delitos va más allá del exigido en la Directiva 2014/42/UE, dado que ésta únicamente podía referirse a los denominados "*eurodelitos*", respecto de los cuales la Unión Europea goza de competencias en virtud de los artículos 82.2 y 83.1 TFUE, como son, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática, y delincuencia organizada (en base a este último inciso, será aplicable a más ámbitos delictivos de los previstos taxativamente en los citados artículos, siempre que se cometan participando en una organización criminal, tal y como se define en la DM 2008/841/JAI sobre la lucha contra la delincuencia organizada).

Dejamos aquí simplemente apuntado que al haber desbordado la regulación española las previsiones contenidas en la Directiva 2014/42/UE, en cuanto al ámbito delictivo aplicable en la figura del decomiso ampliado, ello cobrará importancia a la hora de pretender su reconocimiento mutuo en otros países de la Unión Europea, como veremos más adelante.

Tanto en el art. 127 bis como en el art. 127 quinquies se exige la concurrencia de indicios fundados de que los bienes proceden de una actividad delictiva. Exigir una demostración directa de la procedencia ilícita nos llevaría al terreno de la prueba diabólica. Nos situamos, por tanto, en la mayor parte de los supuestos, en el terreno de la prueba indiciaria o inferencial*, en cuya ponderación habrá que tomar en

cuenta, por el contrario, la suma facilidad de demostrar hoy en día la procedencia lícita del patrimonio.

**La prueba indiciaria también ha sido utilizada desde hace muchos años por el Tribunal Supremo en el ámbito de los delitos de blanqueo de capitales, tanto para la infracción penal112 como para el decomiso. Respecto de este último, en la Sentencia de 5 de diciembre de 2012, el TS ha afirmado:*

"En relación a la primera circunstancia, es decir del origen ilícito, hay que tener en cuenta que esta procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal -presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Así lo ha entendido esta Sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante (SSTS 10.11.2000, 28.7.2001, 5.2.2003, 10.2.2003, 14.4.2003, 29.11.2003, 19.1.2005 y 20.9.2005).

Respecto a la probanza de dicha procedencia, no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Prueba indiciaria que podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venia dedicándose desde hacía tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación licita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc... Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito.

… Todos estos datos permiten entender como lógica y razonable la convicción del tribunal acerca de la procedencia ilegítima del dinero y por lo tanto, deberá ser decomisado a no ser que el interesado enervara la prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su posesión. Posibilidad esta admitida por el TEDH, sentencia 7.10.88 (TEDH 1988, 20) (caso Salabiakn) y 25.9.92 (TEDH 1992, 60) (caso Pham Hoang), y por la doctrina mayoritaria…".

El Tribunal Constitucional ha señalado que la imposición del comiso ampliado no afecta al derecho a la presunción de inocencia, ya que ésta no se cuestiona una vez que se ha quedado acreditado la culpabilidad del sujeto, sino que al imponer el comiso habrá que prestar especial atención al resto de las garantías del proceso y a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva:

"La presunción de inocencia opera "como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable"… Una vez constatada la existencia de pruebas a partir de las cuales los órganos judiciales consideran razonadamente acreditada la culpabilidad del acusado, ya no está en cuestión la presunción de inocencia. Por ello, en la acreditación de la concurrencia de los presupuestos para la imposición de una consecuencia accesoria como el comiso y en la imposición de la misma habrán de respetarse las garantías del proceso (art. 24.2 CE) y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) …" (SSTC 219/2006, FJ 9 y 220/2006, FJ 8).

Para facilitar al Juzgador esta tarea ambos preceptos incluyen de forma coincidente un catálogo abierto de indicios, esto es, podrán valorarse adicionalmente cuantos indicios se estimen concurrentes, entre ellos, los que cita el precepto, la desproporción del valor de los bienes con los ingresos de origen lícito; la ocultación de titularidades o utilización de personas interpuestas, paraísos fiscales o territorios de nula tributación, que dificulten la determinación de la verdadera titularidad; o la transferencia de bienes mediante operaciones que dificulten su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida. Más que indicios, estas dos últimas pueden constituir conductas típicas recogidas en el art. 301 CP.

Se trata, por tanto, de establecer un juicio inferencial en el que dichos criterios, junto con cualesquiera otros, permitirán o no, concluir, en el caso concreto que los bienes proceden de una actividad delictiva más amplia que aquella sobre la que recae el concreto pronunciamiento condenatorio*

No se exige, para ello, que exista homogeneidad de conductas, pues precisamente la exigencia de que se tratase de "*actividades delictivas similares*" fue suprimida en la tramitación parlamentaria, quedando subsistente únicamente dicha expresión en el párrafo 4º del art. 127 bis a la hora de valorar la posible concurrencia de *ne bis in idem*.

4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento.

Es decir, la similitud de actividades delictivas únicamente cobra importancia a la hora de resolver, conforme al principio *ne bis in idem*, una posible duplicidad en la imposición del decomiso ampliado en relación con el que ya hubiera sido acordado en anterior procedimiento, pero no propiamente a la hora de decretar su imposición.

En el decomiso ampliado regulado en el artículo 127 bis resulta también aplicable, por expresa remisión contenida en el apartado 3º, el decomiso sustitutivo previsto en el art. 127.3 CP, lo que no aparece recogido, sin explicación aparente, en el artículo 127 quinquies, y que a nuestro juicio no resultará aplicable por haber introducido el legislador esta diferenciación.

También hemos expuesto en el anterior epígrafe que, al referirse el art. 127 ter a los preceptos anteriores, parece quedar excluido el decomiso ampliado previsto en el art. 127 quinquies, del ámbito del procedimiento de decomiso autónomo o sin condena penal.

El artículo 127 bis introduce en su último apartado una exigencia poco congruente con la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, en la que precisamente trata de desvincular la figura del decomiso ampliado de la condena penal, predicando su naturaleza civil y patrimonial más próxima a la figura del enriquecimiento injusto.

5. El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.

Dada la naturaleza civil del decomiso ampliado, en la medida en la que la ampliación del decomiso no se hace depender de una previa condena penal, no debería haberse mantenido la vinculación que establece este precepto con la pervivencia de la acción penal, lo que puede originar una grave problemática, al no distinguir los diferentes supuestos por los que se haya dictado sentencia absolutoria o decisión sobreseyente con efectos de cosa juzgada, en clara contradicción con el art. 127 ter que posibilita el decomiso incluso en supuestos de exención o extinción de la responsabilidad criminal.

Pensemos, por ejemplo, en la posible concurrencia de causas de justificación, inimputabilidad, perdón del ofendido, u otras situaciones semejantes o análogas en relación con los efectos, instrumentos, o ganancias, que en buena lógica deberían ser objeto de decomiso, aunque concurra en cada uno de los casos una causa de exención o extinción de la responsabilidad criminal.

La pervivencia de la acción penal no aparece recogida como exigencia en la Directiva 2014/42/UE, pues resulta poco congruente con la naturaleza civil del decomiso ampliado que se proclama en la propia EM de la LO 1/2015, por lo que en buena lógica la acción de decomiso podría pervivir aunque la acción penal se hubiera extinguido. Esta deficiencia técnica quizá sea debida a una defectuosa recepción de la doctrina emanada por el TEDH (caso Geerings contra Holanda, de 1 de marzo de 2007) en el que se apreció vulneración del art. 6.2 CEDH en un asunto en el que el decomiso acordado iba referido a los mismos delitos respecto a los cuales había sido absuelto.

Por otro lado, el precepto también excluye los supuestos de prescripción, pero para apreciar si ésta concurre o no, habría que determinar el delito concreto del que proceden los bienes, lo que contradice la finalidad del decomiso ampliado que se pretende recaiga sobre los bienes de procedencia ilícita desconectándolo de las conductas concretas cometidas, como anuncia la Exposición de Motivos.

También debemos destacar que en el decomiso ampliado recogido en el art. 127 quinquies se establece un límite cuantitativo del beneficio que ha ser superior a 6000 €, que no se exige en artículo 127 bis.

Por otro lado, en el art. 127 quinquies se exige, como diferencia sustancial con el decomiso ampliado regulado en el art. 127 bis, la constatación de una actividad delictiva previa de carácter continuado, cuyas características define el propio precepto, entendiéndola concurrente:

a. cuando el sujeto haya sido condenado o sea condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se deriva la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya al menos tres infracciones penales, exigiéndose necesariamente en ambos casos que uno de ellos esté incluido en el catálogo previsto en el art. 127 bis 1 CP;

b. que en el periodo de seis años anterior al momento en el que se inició en el procedimiento por el que ha sido

condenado por alguno de los delitos del artículo 127 bis, hubiera sido condenado por dos o más delitos, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales, de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico.

Se exige, por tanto, la concurrencia de sentencia o sentencias condenatorias, por la comisión de, al menos, tres delitos de los que se derive la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, exigiéndose que, al menos, uno de estos delitos esté comprendido en el listado previsto en el artículo 127 bis 1 CP.

El art. 127 quinquies se complementa con el artículo 127 sexies que incluye una serie de presunciones, atemperadas por el último inciso, en la medida en que el juez o tribunal podrá dejar de aplicarlas, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen **incorrectas** o **desproporcionadas**.

Así establece una presunción de que *todos los bienes adquiridos dentro del periodo de tiempo que se inicia seis años antes de la apertura del procedimiento penal, proceden de la actividad delictiva; que todos los gastos realizados por el penado en ese periodo se pagaron con fondos procedentes de la actividad delictiva; y que todos los bienes fueron adquiridos libre de cargas.*

Ante los desmanes que la aplicación automática de tales presunciones puede dar lugar, el carácter facultativo de su imposición (sometida siempre al principio acusatorio), así como la moderación judicial contemplada en el último párrafo, resultan claramente acertados. Por otro lado, puede suceder que dichos antecedentes penales que se hayan producido en el periodo de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que se condene por uno de los delitos del art. 127 bis 1, hayan quedado cancelados al tiempo de dictar dicha sentencia condenatoria, por lo que, según nos parece, no podrán ser tenidos en cuenta.

El tenor literal de este precepto parece imponer la necesidad de afrontar una investigación patrimonial que se retrotraiga al periodo de 6 años anterior al inicio del proceso penal, cuando conste la comisión, en el procedimiento que se investiga u en otro anterior, de un delito previsto en el art. 127 bis 1 CP, o de otras actividades delictivas continuadas, en los términos establecidos en el apartado 2º del art. 127 quinquies, para poder determinar si las presunciones que introduce este precepto resultan o no correctas y proporcionadas en el caso concreto.

Por último, la regulación del decomiso ampliado en ambos preceptos plantea el problema de la retroactividad de su regulación, esto es, si resulta aplicable a actividades delictivas anteriores a su entrada en vigor, en la medida en la que incluso el art. 127 quinquies establece expresamente un periodo de seis años anterior al inicio del proceso penal.

En este aspecto, el TEDH examinó la posible aplicación retroactiva en el asunto Dassa Foundation vs Liechtenstein, de 10 de julio de 2007, rechazando que constituya una violación del art. 7 CEDH, al considerar que el decomiso regulado en Liechtenstein no tenía naturaleza de pena en el sentido del CEDH, sino más bien civil, similar a la restitución propia del Derecho Civil en caso de enriquecimiento injustificado, que persigue evitar que el delito resulte provechoso.

A falta de una disposición expresa sobre la posibilidad de decomisar los patrimonios ilícitos generados antes de la entrada en vigor de la ley, como hubiera sido deseable, no creo que exista inconveniente para extender el decomiso a actividades anteriores a su entrada en vigor, siempre que estas actividades fuesen delictivas en el momento de realización, pues el trascurso del tiempo no legitima el título viciado en su origen.

Lo que en cualquier caso nos parece exigible es que el delito previsto en el art. 127 bis, por el que se dicte condena que constituye el presupuesto de aplicación de esta figura, tiene que ser posterior a la fecha de entrada en vigor de la norma, aunque esto también pudiera resultar discutible en relación con el decomiso ampliado previsto en el art. 127 quinquies.

¿Es posible el reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso ampliado basadas en el art. 127 bis y 127 quinquies en otros países de la Unión Europea?

La regulación del decomiso ampliado introducida por LO 1/2005 desborda por completo las previsiones contenidas en el art. 5 de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, repercutirá inevitablemente en la posibilidad de obtener su reconocimiento mutuo en otro Estado de la Unión Europea al amparo de lo dispuesto en la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.

En la DM 2006/783/JAI se recoge como causa de denegación facultativa, que los Estados miembros podrán recoger en sus respectivas legislaciones nacionales -como efectivamente así ha ocurrido en varios Estados-, que la resolución de decomiso recaiga sobre bienes decomisados en virtud de una potestad de decomiso ampliado regulada de conformidad con el Derecho del Estado de emisión, a diferencia de los supuestos de potestad de decomiso ampliada que se regulan en la Directiva 2014/42/UE, que sustituye a la Decisión Marco 2005/212/JAI, en cuyo caso no cabría tal denegación.

Esto es, en la medida en la que el decomiso ampliado se encuentre incluido en el ámbito objetivo de la Directiva 2014/42/UE, deberá ser reconocido en todos los Estados de la Unión Europea, salvo que concurran otras causas de denegación, mientras que el decomiso ampliado basado exclusivamente en la normativa nacional, constituye una causa de denegación facultativa, como así sucede con muchos de los supuestos que actualmente se recogen en los artículos 127 bis y 127 quinquies, que desbordan el ámbito objetivo de dicha Directiva 2014/42/UE y Decisión Marco 2005/212/JAI.

¿Qué destino debe darse a los bienes decomisados?

Existe una notable divergencia entre el artículo 127 octies, apartado 3º, del Código Penal y el artículo 367 quinquies, apartado 3º, párrafo 2º, de la LECrim., a pesar de la nueva redacción dada a ambos preceptos por la misma LO 1/2015.

Artículo 127 octies.

3. Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente.

Artículo 367 quinquies, apartado 3º, párrafo 2º:

El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias se aplicará a los gastos que se hubieran causado en la conservación de los bienes y en el procedimiento de realización de los mismos, y la parte sobrante se ingresará en la cuenta de consignaciones del juzgado o tribunal, quedando afecta al pago de las responsabilidades civiles y costas que se declaren, en su caso, en el procedimiento. También podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto para el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.

En el caso de realización de un bien embargado o decomisado por orden de una autoridad judicial extranjera se aplicará lo dispuesto en la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Mientras el artículo 127 octies, apartado 3º, se refiere únicamente al pago de las indemnizaciones que correspondan a las víctimas, el artículo 367 quinquies, apartado 3º, párrafo 2º, incluye un criterio de mayor amplitud al referirse de forma genérica a las responsabilidades civiles y costas.

Se plantea, por tanto, un evidente falta de correlación entre el artículo 127 octies y el artículo 367 quinquies, y si bien a tenor de éste resulta razonable que del importe de la realización se deduzcan los gastos de conservación y enajenación del bien, no lo es tanto el establecer un destino diferente al regulado en el propio Código Penal, cuando además ambos preceptos han recibido nueva redacción en virtud de una misma LO 1/2015.

Con la salvedad prevista en el art. 374 CP en relación con los delitos previstos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 301 y en los artículos 368 a 372, en cuyo caso no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado:

Artículo 374.

2.ª Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.

Resulta paradójico que dicha exclusión únicamente se produzca en relación con los delitos contra la salud pública, pero, sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 367 quinquies, no se va a producir la misma situación en relación con otros delitos de mayor gravedad, por ejemplo, terrorismo, trata de seres humanos, etc., lo que además puede generar situaciones de desprotección a la víctimas contrarias a lo dispuesto en la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, cuyo art. 8, apartado 10 establece lo siguiente:

10. En caso de que, a raíz de una infracción penal, las víctimas tengan derechos de reclamación respecto de una persona sometida a una medida de decomiso establecida en virtud de la presente Directiva, los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que la medida de decomiso no impida a las víctimas reclamar una indemnización.

Por otro lado, cuando se trata de la realización de un bien embargado por orden de una autoridad extranjera, se remite a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, en cuyo art. 172 LRM establece que el Juez de lo Penal competente dispondrá del dinero obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso de acuerdo con las siguientes reglas:

- Si el importe obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso es inferior a 10.000 euros o al equivalente a dicho importe, el mismo se ingresará en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales.
- En todos los demás casos, se transferirá al Estado de emisión el 50 por 100 del importe que se haya obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso. El 50 por 100 restante se ingresará en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, y será transferido por el Secretario judicial al Tesoro Público con aplicación, en su caso, de lo que se establezca en normas especiales y, particularmente, la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otras delitos relacionados (la referencia al art. 374 CP ha quedado obsoleta).

Esta regulación, atendidos los términos imperativos en los que viene redactado el precepto, parece no dejar terreno para salvaguardar las indemnizaciones que puedan corresponder a las víctimas, pero deberá realizarse una interpretación conforme y respetuosa con el citado art. 8 de la Directiva 2014/42/UE.

Por último, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, introduce en la Disposición Adicional 5ª la regulación de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA) que está llamada a desempeñar un importante papel en las funciones de localización, recuperación, conservación, administración y realización de efectos procedentes de actividades delictivas en los términos previstos en la legislación penal y procesal.

VIGILAR PARA CASTIGAR

Ignacio Sánchez Yllera, Magistrado

Accede a la ponencia