
LA REFORMA DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL (LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO): ¿AVANCE O RETROCESO?

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN

Profesor Titular de Derecho Penal. Jefe de Estudios de Enseñanzas Criminológicas y de la Seguridad. Universidad de Barcelona

La LO 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, modificó decisivamente algunas instituciones fundamentales de la parte general del Código Penal. De relevancia particular son la nueva circunstancia atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6a CP); la incorporación al Código Penal de la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 bis CP); las novedades relativas al llamado periodo de seguridad de la pena de prisión (art. 36.2 CP) y a la expulsión de territorio nacional sustitutiva de las penas privativas de libertad impuestas a personas extranjeras (art. 89 CP); la nueva medida de seguridad de libertad vigilada, también aplicable a imputables (art. 106 CP), y el nuevo régimen de prescripción del delito, especialmente en lo que se refiere a su interrupción (art. 132, 2 CP). El presente trabajo tiene por objeto la exposición y la valoración crítica de estas y otras modificaciones realizadas por la citada LO 5/2010 en la parte general del Código Penal.

Spanish Law 5/2010 of 22 June, which came into force on 23 December 2010, distinctly altered some fundamental institutions of the general part of the Penal Code. Of particular significance are the new attenuating circumstance of undue delay (art. 21.6a PC); the incorporation into the Penal Code of a legal person's criminal responsibility (art. 31 bis PC); new elements relating to the so-called security period of a prison sentence (art. 36.2 PC) and the deportation that replaces custodial sentences for foreigners (art. 89 PC); the new security measures for parole, also applicable to chargeable offences (art. 106 PC); and the new rules on statutes of limitations, especially with regard to their interruption (art. 132, 2 PC). This study aims to reveal and critically assess these and other modifications included in Spanish Law 5/2010 in the general part of the Penal Code.

1. INTRODUCCIÓN

La LO 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde del pasado 23 de diciembre, ha modificado de forma muy esencial algunas instituciones fundamentales de la Parte General del Código Penal. Entre otras reformas, de particular relevancia son la nueva circunstancia atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6^a CP), las novedades relativas al denominado «período de seguridad» de la pena de prisión (art. 36.2 CP) y a la expulsión de territorio nacional sustitutiva de las penas privativas de libertad impuestas a extranjeros (art. 89 CP); la nueva medida de seguridad de libertad vigilada, también aplicable a imputables (art. 106 CP); y el nuevo régimen de prescripción del delito, en especial en lo que se refiere a su interrupción (art. 132, 2 CP). Pero por encima de todas estas novedades destaca una que —tanto por su importancia como por el carácter altamente cuestionable de la medida— ya

justificaría por sí sola estas líneas: la incorporación al Código penal de la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 bis CP).

El presente trabajo tiene por objeto la exposición y valoración crítica de estas y otras modificaciones realizadas por la LO 5/2010 en la Parte General del Código Penal, para comprobar si la reforma representa (o no) un verdadero paso adelante.

2. EL NUEVO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (ART. 31 BIS CP)

2.1 INTRODUCCIÓN

Con la LO 5/2010 se establece, por primera vez en nuestra historia legislativa, la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Queda derogado por el Derecho español, de este modo, el principio *Societas delinquere non potest*. También el art. 31.2 CP, introducido por la LO 15/2003.¹ El nuevo modelo constituye la traslación al ordenamiento jurídico español de la denominada Third Party Strategy (implicación político-criminal de la empresa en la evitación de la comisión de conductas delictivas que puedan favorecerle), presente en *numerosos instrumentos jurídicos internacionales* (Convenios, Decisiones Marco, etc.) en relación con determinados ámbitos.² Sin embargo, estos instrumentos comunitarios no requieren una respuesta específicamente penal en la intervención de personas jurídicas en los ámbitos delictivos más preocupantes (corrupción en el sector privado y en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, etc.). Sin embargo, las recomenda-

1. Establecía este precepto que «[e]n estos supuestos, (scil. los previstos en el anterior art. 31.1 CP, actual art. 31 CP), si se impusiera en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de forma directa y solidaria la persona jurídica en nombre de la que o por cuenta de la que actuó».

2. Pueden ser recordados, a modo de ejemplo, el Con. europeo 4-11-98, por la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal; DDMM 2005/667/JAI 12-7-05, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques; 2005/222 / JAI 24-2-05, relativa a los ataques contra los sistemas de información; 2004/757/JAI 25-10-04, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas; 2004/68/JAI 22-12-03, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil; 2003/568/JAI 22-7-03, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; 2002/475/JAI 13-6-02, sobre lucha contra el terrorismo; Dir. 2005/60/CE 26-10-05, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para blanqueo de capitales y el financiamiento del terrorismo; y Acción Común 98/733/JAI 21-12-98, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea. Hacen referencia a estos instrumentos CUADRADO RUIZ «La responsabilidad penal de las personas Jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 12 (2007), pp. 125 s., nota 9; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad de personas Jurídicas», en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal, 2010*, 1 / 114. Sobre todo esto, y ya en relación a la reforma operada por la LO 5/2010, vid. además, MORALES PRATS, «La responsabilidad penal de las personas Jurídicas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 45 ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad penal de las personas Jurídicas», en QUINTERO OLIVARES / CARBONELL MATEU / MORALES PRATS / GARCÍA RIVAS / ÁLVAREZ GARCÍA (dirs.), *Esquemas de Teoría Jurídica del delito y de la pena*, 3ª ed., 2010, pp. 285 ss.

ciones sancionadoras no sólo han ido endureciéndose progresivamente, sino que, además, han provocado un efecto penalizador en un significativo número de *países europeos* hasta hace poco ajenos a la tradicional responsabilidad penal de las personas jurídicas en los derechos de corte anglosajón (Gran Bretaña, Irlanda). Este es el caso, por ejemplo, de Finlandia, Suecia, Noruega, Islandia, Alemania, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Austria, Luxemburgo, Francia, Italia, Portugal, Letonia, Lituania, Estonia, Holanda, Suiza, Turquía y Croacia.³

Sin embargo, desde un punto de vista político-criminal, la decisión adoptada por la LO 5/2010 es *altamente problemática*. Por un lado, un importante sector de la doctrina considera que el castigo penal de las personas jurídicas se opone, como mínimo, a dos principios fundamentales del Derecho penal de un Estado democrático: el principio de culpabilidad y una de sus más destacadas manifestaciones, el principio de personalidad de las penas. En cuanto al primer principio, afirma, con razón, que nadie diferente a una persona física puede ser sujeto adecuado del juicio de reproche ético-social que representa la pena. Por lo que se refiere al segundo, no es posible aplicar una pena privativa de libertad o privativa de otros derechos a una clase de sujetos —como las personas jurídicas— respecto de la que la pena resultará, por definición, sencillamente inejecutable.⁴ Del mismo modo, teniendo en cuenta que no se debe poner en duda que una persona jurídica puede causar a terceros daños susceptibles de ser evaluados y reparados económicamente, también debe afirmarse la conveniencia de que quepa determinar reglas de responsabilidad civil derivada de delito que obliguen a la persona jurídica a reparar el daño causado. La responsabilidad penal de personas jurídicas puede generar, además, elevados riesgos jurídicos para los intereses de las empresas. Uno de ellos es el importante coste reputacional que una imputación penal puede representar para la sociedad. Por ejemplo, cuando se trate de una sociedad que emita valores en el mercado estadounidense, la legislación estadounidense exige a la empresa, cada vez que realice un proyecto de emisión de valores, la declaración expresa que no se trata de una sociedad imputada en un procedimiento penal.

2.2 RASGOS FUNDAMENTALES DEL NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

La LO 5/2010 establece un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica de *numerus clausus*, circunscrito, por tanto, a un catálogo cerrado de delitos legalmente previsto.⁵

3. Vid. CUADRADO RUIZ, RJCL, 12 (2007), p. 127.

4. Sobre la incorrección dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas vid., por ejemplo, MIR PUIG, Derecho penal, Parte General, 8ª ed., 2008, 7/53 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, «¿Es personal la pena que se impone a una sociedad?» <http://www.legaltoday.com>). En contra, defendiendo la constitucionalidad del principio *societas delinquere potest* DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal, 2010*, 1 / 112; EL MISMO AUTOR, «Pero, ¿es que nadie va a pensar en los socios?» (<http://www.legaltoday.com>).

5. El catálogo está integrado, concretamente, por los siguientes delitos: tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis), tráfico de seres humanos (art. 177 bis), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis), delitos contra la intimidad y violación de la privacidad informática (art. 197), estafa (art. 251 bis), insolven-

En otros delitos no es posible declarar responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero sí se prevé la facultad que el Juez adopte alguna de las medidas del art. 129 CP.⁶ Según la doctrina, en estos casos los supuestos de aplicación de este precepto para tales casos deben ser los previstos en el art. 31 bis CP.⁷

Según el modelo previsto por la LO 5/2010, la responsabilidad de la persona jurídica no sustituye a la de la correspondiente persona física, sino que se acumula en esta.⁸ En apariencia, la reforma consagra un modelo de heterorresponsabilidad de la sociedad, es decir, de responsabilidad de la empresa por el delito cometido por la persona física que actúe en su nombre o representación. En favor de esta tesis juega el hecho de que en las dos vías de imputación de responsabilidad penal en la sociedad previstas por la LO 5/2010, un supuesto ineludible de esta responsabilidad es que el delito haya sido cometido, en todo caso, por una persona física vinculada a la persona jurídica, y, además, en provecho de la sociedad. Sin embargo, un sector doctrinal entiende que existen indicios para concluir que el legislador habría previsto un sistema de autorresponsabilidad, o de culpabilidad de la empresa por los propios actos. Uno de ellos consistiría en que la responsabilidad penal de las personas jurídicas también será exigible aunque la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 bis 2 CP). Otro, en la incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad de la persona física que comete el delito (art. 31 bis 3 CP).⁹

El precepto no define la expresión «persona jurídica». Tampoco lo hace ningún otro precepto del CP, sin que resulte aplicable, a tales efectos, el concepto de «sociedad» recogido en el art. 297 CP para los delitos societarios. Será aplicable, a tales efectos, el *concepto extrapenal* de persona jurídica. Un supuesto

cias punibles (art. 261 bis), daños informáticos (art. 264), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 288.1), delito de blanqueo de capitales (art. 302), delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310 bis), delitos urbanísticos (art. 319), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis), delitos contra el medio ambiente (art. 327 y 328), delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343), delitos de peligro provocado por explosivos (art. 348), delitos contra la salud pública (tráfico de drogas) (art. 369 bis), delito de falsedad en medio de pago (art. 399 bis), delito de cohecho (art. 427), delito de tráfico de influencias (art. 430) y delito de cohecho a funcionario extranjero (art. 445), organizaciones o grupos criminales (art. 570 quater) y financiación del terrorismo (art. 576 bis). En el listado hay ausencias importantes. Así, por ejemplo, para el delito ecológico, la responsabilidad penal de la empresa está prevista sólo cuando se trate de la modalidad dolosa, pero no cuando el delito se cometa por imprudencia. Al delito de cohecho la empresa sólo responderá penalmente por cohecho activo, pero no por el pasivo, como consecuencia del contenido del art. 31 bis 5. Vid., sobre todo esto, DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/200.

6. Este es el caso de los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262 CP), obstrucción a la actividad inspectora o supervisora (art. 294 CP), delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318 CP), delitos de riesgo producido por explosivos y agentes similares (art. 348 CP), delitos alimenticios farmacéuticos (art. 366 CP) y falsedad de moneda (art. 386 CP).

7. Defiende esta opinión DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/206.

8. No cabe extraer la conclusión contraria de que la LO 5/2010 se haya eliminado, por último, la frase «la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de estas excluirá la responsabilidad penal de aquellas», presente Anteproyecto 2009.

9. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/190.

de este concepto es la existencia de *personalidad jurídica*. Cuando se trate de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis CP, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a estas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7 CP. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita (art. 129.1 CP).

Quedan *excluidas* (art. 31 bis 5 CP, párr. I CP): a) las entidades de Derecho público y asimilados; b) entidades mercantiles estatales (cámaras de comercio, colegios profesionales, etc.) y ejercientes privados de funciones públicas y c) agentes políticos y sindicales. El fundamento de la exclusión debe verse en la relevancia constitucional de la función que prestan tales entidades.¹⁰ En el caso de las entidades de Derecho público y asimilados, y las entidades mercantiles estatales y ejercientes privados de funciones públicas, la exclusión también se debe a que la imposición de una pena de multa a estas entidades incidiría negativamente en su capacidad para la correcta prestación de las funciones públicas que tienen encomendadas. El párr. II establece una excepción a la exclusión prevista en el párr. I. Se trata de los supuestos de *sociedades pantalla*, es decir, de formas jurídicas creadas por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. El precepto exige que se trate de sociedades constituidas *ad hoc* para la consecución de tal objetivo. De esta manera, un sindicato o un partido político constituidos legalmente, pero que acabe convirtiéndose en una organización criminal, quedará exento de responsabilidad penal.¹¹

2.3 VÍAS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA

2.3.1 Planteamiento

Como ya se ha avanzado, para la imputación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por un sistema de *doble vía*. Por un lado, la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas (art. 31 bis 1 CP, párr. I CP). Por otra, la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados (art. 31 bis 1 CP, párr. II).

10. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/134 ss.

11. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/140.

2.3.2 Primera vía de imputación (art. 31 bis 1, inciso 1º CP)

La primera vía de imputación consiste en la responsabilidad de la persona jurídica por los «delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho» (art. 31 bis 1, inciso 1º CP). Debe tratarse, como es lógico, de uno de los delitos por los que está expresamente prevista en la Parte Especial del Código Penal la responsabilidad penal de la persona jurídica. La expresión «delitos cometidos» es lo suficientemente amplia como para comprender, por un lado, el delito consumado y el intentado, y, por otra, los tipos de autoría y los de participación.

Literalmente, el precepto prevé un supuesto de *responsabilidad objetiva* por la actuación de otro. Nótese que quien ha de cometer el delito no es la sociedad, sino «sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho». Sin embargo, un sector de la doctrina entiende que tal insatisfactoria consecuencia puede evitarse interpretando *restrictivamente* el precepto, de manera que la responsabilidad penal de la persona jurídica sólo sea posible cuando el delito pueda ser imputado a un *defecto de organización de la sociedad*, es decir, a una omisión del cuidado debido en la evitación de la comisión de delitos en su seno. Esto sucederá cuando la sociedad no haya implementado mecanismos idóneos de prevención de los delitos que puedan cometer los representantes legales o administradores de la misma en su nombre o representación. Lo contrario enfrentaría irremediablemente el precepto —siempre según este sector doctrinal— con el principio de dolo o culpa (arts. 5 y 10 CP) y al principio de responsabilidad personal como manifestaciones del principio de culpabilidad.¹²

Uno de los aspectos del precepto que mayores variaciones ha sufrido durante su tramitación ha sido, precisamente, el relativo al *grado de vinculación* que ha de ostentar la persona física que comete el delito con la persona jurídica. De acuerdo con la versión finalmente acogida por la LO 5/2010, el delito debe ser cometido por un representante legal de la sociedad o por alguno de sus *administradores de derecho o de hecho* que actúen «en nombre o por cuenta de las mismas» y «en su provecho».

Es «representante legal» de la persona jurídica quien ejerce la representación de la misma en relación con todos los actos comprendidos en su objeto social (arts. 128 y 129 LSA y art. 233 y 234 RDLeg. 1/10). Por «administrador de derecho» debe entenderse aquel sujeto que realice funciones de administración en una sociedad en virtud de un título jurídicamente válido. Si se trata de una Sociedad Anónima, es necesario que el sujeto haya sido nombrado al efecto por la Junta General (art. 123 LSA). En general, será administrador de derecho todo sujeto que pertenezca al órgano de administración de la Sociedad inscrita en el Registro Mercantil. Administrador de derecho puede serlo tanto una persona física como una persona jurídica. En este caso volverá a presentarse el supuesto de hecho que resuelve el art. 31 CP. En cuanto a los «administradores de hecho», la doctrina mercantilista considera que

12. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 1/162.

son, en cambio, todos los otros sujetos que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que ello se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado. La doctrinal penal entiende por administrador de hecho a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales. Es decir, «quien de hecho manda o gobierna desde la sombra».¹³ En el caso del art. 31 bis 1 CP, para que responda la persona jurídica el delito debe provenir de una decisión controlable por los órganos de gobierno de la sociedad.¹⁴

El representante legal de la sociedad o sus administradores deben actuar «en nombre o por cuenta de las mismas» y «en su provecho». La primera exigencia excluye la responsabilidad de la sociedad cuando su representante legal o administrador no cometa el delito en tal condición, es decir, lo haga actuando al margen de su función de representación o administración de la sociedad, aunque la comisión del delito favorezca económicamente a la persona jurídica. El segundo requisito (el relativo a la actuación en provecho de la sociedad) exige de responsabilidad a la persona jurídica cuando el representante legal o administrador actúa exclusivamente en beneficio propio, o, incluso, perjudicando a la sociedad. En tal caso, esta última podrá perseguir el hecho como acusación particular. Teniendo en cuenta que el precepto no concreta al respecto, nada impide entender que no es necesario que el «provecho» sea de naturaleza económica. El provecho puede ser directo (beneficio empresarial) o indirecto (ahorro de costes).¹⁵

2.3.3 Segunda vía de imputación (art. 31 bis 1, inciso 2º CP)

La segunda vía de imputación consiste en la responsabilidad de la sociedad por delitos cometidos por empleados sometidos a la autoridad de los representantes legales o administradores de la persona jurídica. La responsabilidad de la sociedad resulta de la circunstancia de que el delito debe haberse cometido como consecuencia que sobre su autor, es decir, el empleado, no se haya «ejercido el debido control». Del mismo modo que ocurre en el art. 31 bis 1, inciso 1º CP, el delito cometido debe ser uno de aquellos por los que está expresamente prevista en la Parte Especial del Código Penal responsabilidad penal para la persona jurídica. El delito debe ser cometido por un sujeto que opere en el ámbito de dirección de los representantes legales o los administradores. No es necesario que se encuentre formalmente vinculado a la empresa a través de un contrato laboral o mercantil. No existe inconveniente, por tanto, en que se trate de un autónomo, o un trabajador subcontratado, siempre que se encuentre integrado en el ámbito de dominio social. El trabajador debe actuar «por cuenta y en provecho» de la sociedad.¹⁶

13. STS 816/06, 26-7, FJ 2.

14. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/176 ss.

15. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/174.

16. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/174.

El supuesto previsto en el *art. 31 bis 1, inciso 2º CP* es un caso de responsabilidad de la persona jurídica por *omisión del deber de vigilancia*. En pura hipótesis, tal omisión podría producirse dolosa o imprudentemente (*culpa in vigilando*). Sin embargo, la *responsabilidad imprudente* de la sociedad resulta problemática. Por un lado, debe advertirse que el Código Penal prevé un sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia (art. 12 CP) y que ni en el *art. 31 bis 1, inciso 2º CP* ni en los correspondientes preceptos de la parte especial se hace referencia expresa a que la persona jurídica pueda responder por la comisión de delitos imprudentes. Por otra, tanto en el *art. 31 bis* como en los respectivos artículos de la parte especial el *marco penal es único*. Así pues, si la sociedad pudiera responder por comportamientos tanto dolosos como imprudentes se produciría una evidente *vulneración del principio de proporcionalidad*. Además, el precepto tampoco distingue entre imprudencia leve y grave. En relación a este particular caben dos alternativas interpretativas. La primera es excluir del precepto los supuestos de responsabilidad imprudente. La segunda consiste en admitirlos, pero únicamente cuando se trate de imprudencia grave.¹⁷

Resulta cuestionable, en este contexto, si puede llegar a eximir de responsabilidad penal a la empresa el hecho de que la sociedad disponga de un *programa de prevención de delitos*. El *art. 31 bis 1, inciso 2º CP* obliga a analizar la cuestión «dadas las concretas circunstancias del caso». Cabe preguntarse, de este modo, si la sociedad había adoptado medidas idóneas para prevenir la comisión de delitos como el que efectivamente se ha producido en el caso concreto. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos (por ejemplo, el italiano), el legislador español no se pronuncia expresamente sobre el particular. A fin de que la existencia del programa sirva para eximir de responsabilidad penal en la empresa de tratarse, en primer lugar, de un programa que tenga por objeto evitar aquellos delitos por los que el Código Penal prevé la responsabilidad penal de la sociedad (por ejemplo, no un programa antifraude que persiga evitar desfalcos en perjuicio de la empresa). Además, debe acreditarse como objetivamente idóneo para evitar delitos de la misma naturaleza de lo sucedido, aunque en el caso concreto haya sido burlado como consecuencia de la incorrecta ejecución del plan por parte de un cuadro intermedio, o de cualquier trabajador de la empresa. Finalmente, debe ser diseñado, y su cumplimiento supervisado, por un órgano de control (al estilo de *Organismo di Vigilanza* del derecho italiano) coordinado por agentes suficientemente autónomos e independientes (como el *Compliance Officer* anglosajón).¹⁸

Sin embargo, debe advertirse que cuando el precepto se refiere al no ejercicio sobre los empleados del debido control parece aludir, en realidad, no a la sociedad misma, sino a las personas a las que se encuentran sometidos los empleados que habrían cometido el delito, es decir, los representantes legales y los administrado-

17. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 1/180.

18. NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, *passim*; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 1/166 y 178.

res de derecho o de hecho. Según un sector de la doctrina, en la pequeña empresa la falta de control debido a la empresa puede confundirse fácilmente con la imprudencia de los administradores. Esta circunstancia podría generar una situación de *bis in idem*. Debido a esto, este sector doctrinal se muestra partidario de *lege ferenda* de un sistema de responsabilidad exclusivamente de la mediana y gran empresa.¹⁹

2.4 AUTONOMÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL AUTOR DEL DELITO (ART. 31 BIS 2 Y 3 CP)

El *art. 31 bis 2, inciso 1 CP* desvincula la responsabilidad penal de la persona jurídica de la propia de la persona física que comete el delito. Siempre que concurren los presupuestos previstos en el *art. 31 bis 1 CP*, la sociedad responderá aunque la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Un sector de la doctrina interpreta esta circunstancia como un indicador de que el legislador podría haber optado por un modelo de *autorresponsabilidad* de la empresa. Sin embargo, el inciso 2º del precepto vuelve a vincular la responsabilidad de la persona jurídica con la de la física en establecer una regla de compensación de la responsabilidad de la sociedad con la del autor del delito. La regla, que únicamente resultará aplicable cuando la pena impuesta sea de multa, persigue evitar situaciones de *bis in idem* en casos de pequeñas empresas en las que el capital de la persona jurídica y el de la persona física del administrador coinciden sustancialmente.

Por su parte, el *art. 31 bis 3 CP* abunda en la idea de que la responsabilidad penal de la sociedad no es accesoria a la de la persona física autora del delito. El precepto declara que las circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad no resultan comunicables a la persona jurídica. El precepto se refiere tanto a las circunstancias objetivas como las personales. La alusión a las «circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado» resulta equívoca. En sentido estricto, únicamente las circunstancias previstas en los arts. 20.1 y 2 CP afectan a la normalidad motivacional del reo. De acuerdo con esta comprensión del concepto, todos aquellos atenuantes que no incidan en la imputación personal (como, por ejemplo, las previstas en los arts. 20.3 a 20.6 CP, incluida el nuevo atenuante de dilaciones indebidas) serían comunicadas a la persona jurídica. Además, una interpretación contrario sensu del *art. 31.3* conduciría a entender que en un supuesto hipotéticamente imaginable de comportamiento justificado de la persona física representante de la empresa ésta no respondería con pena. De tal circunstancia podría desprenderse la conclusión de que la LO 5/2010 podría haber optado —al igual que sucede con los intervinientes personas físicas que se encuentran en una relación de autoría-participación— por un *modelo de accesoriadad limitada* de la persona jurídica en cuanto a la persona física que actúe en su nombre o representación.

19. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/196.

Sin embargo, debe concluirse que el legislador ha empleado el término «culpabilidad» en un sentido más amplio, tal como sucede, por ejemplo, en el art. 65.3 CP. No en vano, el *art. 31 bis 4 CP* establece que sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito ya través de sus representantes legales, alguna de las actividades previstas en este precepto. Tal eventualidad es considerada por el art. 31 bis 3 CP, mediante la cláusula «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente». Además, el art. 31 bis 3 CP establece que la responsabilidad de la sociedad no se excluye por el *fallecimiento del autor* del delito, o por el hecho de *haberse sustraído de la acción de la Justicia*. La referencia a la causa de exclusión de la responsabilidad criminal prevista en el art. 130.1 CP permite deducir, contrario sensu, que la concurrencia en el autor de otras causas (indulto, prescripción del delito o de la pena) sí excluirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La alusión a la *sustracción a la acción de la justicia* del autor del delito es redundante, porque cuando tal sustracción se produzca no será posible dirigir el procedimiento contra el reo, tal como dispone el art. 31 bis 2 CP.

2.5 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES (ART. 31 BIS 4 CP)

En el art. 31 bis 4 CP se recoge un *catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. La enumeración es cerrada («sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas»). Resulta cuestionable si es posible aplicar analógicamente *in bonam partem* otras circunstancias atenuantes. La finalidad político-criminal de todas las atenuantes previstas en el art. 31 bis 4 CP es esencialmente promocional: se trata de implicar a la sociedad en la averiguación de los hechos delictivos cometidos en su seno, la reparación del daño provocado por el mismo y la evitación de hechos futuros de naturaleza similar a los producidos, ofreciendo a cambio una atenuación de la pena. Para conseguirla, la sociedad deberá realizar determinadas actividades con posterioridad a la comisión del delito ya través de sus representantes legales. Esta última exigencia resulta innecesaria en relación con prácticamente todas las actividades previstas en el precepto. No tiene sentido, por ejemplo, exigir que quien aporte pruebas decisivas para el esclarecimiento de los hechos y la reparación del daño causado a la víctima sea personalmente el legal representante de la sociedad.²⁰

Los atenuantes previstos en las letras *a)* y *c)* consisten en la traslación literal a las personas jurídicas de los atenuantes previstos para las personas físicas en los arts. 21.4 y 5 CP. Esta circunstancia suscita la duda de quién debe ser la persona encargada de confesar la infracción a las autoridades (letra *a)* o reparar el daño (letra *c)*). Literalmente, el precepto exige que la sociedad realice la confesión o repare el daño «a través de sus representantes legales». Esta cir-

20. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 1/284.

cunstancia excluye la aplicación del precepto en supuestos en los que la actividad requerida sea realizada por trabajadores (en el caso de confesión, la misma será, en realidad, una denuncia a la sociedad) o, incluso, por los administradores. Sin embargo, parece claro que el hecho de que la confesión o la reparación deban realizarse «a través» de la representación legal de la sociedad no significa que tenga que ser necesariamente el representante quien la lleve a cabo en persona.²¹

Los atenuantes previstos en las letras *b)* y *d)* son específicos para personas jurídicas. En el caso del atenuante previsto en la letra *b)*, resulta dudoso que deba entenderse por pruebas «nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos». Puede suceder, por ejemplo, que las pruebas aportadas sean nuevas pero no decisivas, porque el valor probatorio de las aportadas por alguna parte procesal ya resulte suficiente para el esclarecimiento de los hechos investigados. También puede suceder lo contrario: que las pruebas sean decisivas pero no nuevas, por haber aportado la sociedad pruebas ya aportadas a la causa con anterioridad por algún coacusado o alguna parte acusadora. La aportación del material probatorio puede realizarse «en cualquier momento del proceso». Tal circunstancia puede conducir al siguiente inconveniente. Normalmente, la confesión de la infracción por parte de la sociedad a través de su representante será un medio probatorio «nuevo y decisivo», por lo que en los casos de confesión se producirá un solapamiento de los atenuantes previstos en las letras *a)* y *b)*. Teniendo en cuenta que para que la confesión pueda desplegar efecto atenuante debe ser realizada «antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella», el atenuante de la letra *b)* dejará vacía de contenido a la prevista en la letra *a)*.²²

En cuanto al atenuante recogido en la letra *d)*, cuando la Ley se refiere al establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, parece estar aludiendo a la implementación de *programas de prevención penal*. El programa debe implementarse después de la comisión del hecho delictivo, y, en todo caso, *antes del comienzo del juicio oral*. En tal caso, además de por la aplicación del atenuante, la existencia del programa servirá para acreditar la ausencia de peligrosidad de reiteración delictiva de la sociedad, a efectos de evitar la imposición de una pena interdictiva [art. 33.7 b) a g)] o de medida cautelar (art. 33.7 *in fine*). En caso de que en el momento en que tiene lugar el hecho delictivo la sociedad ya tuviera en marcha dicho programa, la persona jurídica podría quedar exenta de responsabilidad, para acreditar el cumplimiento del «debido control» referido por el art. 31 bis 1, párr. II CP.²³

21. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/286 y 288.

22. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/290 ss.

23. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/294 ss.

3. LA NUEVA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS (ART. 21.6 CP)

La LO 5/2010 incorpora el CP el *atenuante de dilaciones indebidas*. El nuevo atenuante se encuentra en el *art. 21.6 CP*, pasando la analógica al nº 7 del precepto. La circunstancia no estaba prevista ni en el Anteproyecto 2009, ni tampoco en el Proyecto de reforma CP aprobado en el Congreso de los Diputados.²⁴ Con el nuevo nº 6, el legislador cierra el paso a otras posibles vías de reparación de la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas propuestas hasta ahora por doctrina y jurisprudencia.²⁵ Tal es el caso, por ejemplo, de la declaración de nulidad de actuaciones en casos de dilaciones graves²⁶ o el indulto.²⁷

La expresión *dilación indebida* se refiere a la duración del procedimiento judicial hasta su finalización por encima de lo razonable, o bien a la paralización del procedimiento a partir de determinado momento por causas atribuibles al órgano judicial o al sistema.²⁸ Cuando esto sucede, se produce una *vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas* (art. 24.2 CE). Para tal debe entenderse aquel proceso que se desarrolla «en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos pueden recibir rápida satisfacción».²⁹ El concepto de dilaciones indebidas debe ser concretado en cada caso. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los elementos que deben ser tenidos en consideración son los siguientes: grado de complejidad de la causa, márgenes de duración de procedimientos de similares características, comportamiento procesal de la parte que demanda el reconocimiento de dilaciones indebidas y actuación del órgano judicial.³⁰

La nueva circunstancia es la plasmación legal de una práctica jurisprudencial consolidada, que venía aplicando de forma unánime una *circunstancia atenuante* analógica de dilaciones indebidas. Esta jurisprudencia tuvo su origen en el *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 21-5-99*. El Acuerdo modificó la doctrina establecida por los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 2-10-92 y 29-4-97, admitiendo la aplicación del art. 9.10 ACP y art. 21.6 LO 10/1995 en casos de dilaciones indebidas no imputables al condenado, y que no dieran lugar a nulidad de actuaciones (art. 238.3 LOPJ). Según el Acuerdo de 21-5-99, la atenuación de la pena en estos casos tendría un triple fundamento: a) reparación judicial de la vulneración de un

24. Fue introducida por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados en su sesión de 23-4-2010.

25. ALCÁCER GUIRAO, «Dilaciones indebidas», en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 28/7010. Sobre todo esto, y ya en relación con la reforma operada por la LO 5/2010, vid., además, ÁLVAREZ GARCÍA, «La atenuante de dilaciones indebidas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 29 ss.

26. En contra, no obstante, STS 94/07, 14-2.

27. Vid., por ejemplo, Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional TS 2-10-92 y 29-4-97.

28. En este sentido, por ejemplo, SSTS 556/06, 31-5; 1074/04, 18-10; 948/02, 8-7.

29. SSTC 43/1985; 324/1994.

30. Vid., por todas, STC 100/1996, 11-6.

derecho fundamental;³¹ b) compensación de la culpabilidad del reo, por la pérdida ilegítima de derechos que para el mismo suponen las dilaciones indebidas;³² c) menos necesidad de pena por el transcurso del tiempo.³³ La doctrina mayoritaria entendía, con razón que esta línea jurisprudencial era contraria al principio de legalidad, porque en los casos de dilaciones indebidas no existía otra circunstancia respecto de la cual pudiera predicarse la «análoga significación» exigida por la ley. El Tribunal Supremo partía, además, de un concepto de culpabilidad no coincidente con el previsto en el CP.³⁴ La nueva atenuante viene a resolver este grave inconveniente.

Los cuatro elementos de la atenuante son: a) dilación extraordinaria, b) dilación indebida en la tramitación del procedimiento; c) no atribuible al propio inculpado; d) falta de proporción con la complejidad de la causa.³⁵ Los cuatro elementos son exigidos expresamente por el Tribunal Constitucional para el concepto de dilación indebida constitucionalmente relevante.³⁶

- a) Se producirá una dilación «extraordinaria» cuando se supere sobradamente la duración habitual de un procedimiento de similar naturaleza. En nada obsta lo anterior que se trate de dilaciones motivadas por razones estructurales (deficiencias organizativas de los juzgados, inasumible volumen de trabajo, etc.).³⁷ En cualquier caso, quedan excluidas del concepto las dilaciones consistentes en el mero incumplimiento de los plazos procesales previstos para el dictado de resoluciones o actos de tramitación.³⁸
- b) La «tramitación del procedimiento» se inicia cuando el reo adquiere la condición de imputado y finaliza con la resolución judicial firme que ponga fin a la vía penal. Si se trata de una resolución dictada en segunda instancia y las dilaciones indebidas se producen en la tramitación del recurso, la atenuante podrá ser acordada de oficio.³⁹ En caso contrario, el actor podría solicitar la nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ).
- c) Es necesario, además, que la dilación indebida «no sea atribuible al propio inculpado». Lo es, por ejemplo, cuando el inculpado se encuentra en rebel-

31. Se hicieron eco de este fundamento, por ejemplo, las SSTS 115/05, 31-1; 1506/04, 21-12; 1363/04, 29-11.

32. STS 988/06, 10-10.

33. STS 742/03, 22-5.

34. SSAP Barcelona 2ª, 13-1-04, FJ 10; 24-7-07, FJ 2. En la doctrina, vid., por ejemplo, GÓMEZ MARTÍN, V., «Las dilaciones indebidas: ¿Una causa suprallegal de disminución de la culpabilidad del reo?» (<http://www.legaltoday.com/opinion/blogs/blog-gf/las-dilaciones-indebidas-una-causa-suprallegal-de-disminucion-de-la-culpabilidad-del-reo>).

35. ALCÁCER GUIRAO, en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 28/7025.

36. Vid. SSTC 177/2004; 71/2002, FJ 7; 237/2001, FJ 2; 87/2001, FJ 7; 303/2000, FJ 3-5; 230/1999, FJ 2; 198/1999, FJ 3; 124/1999, FJ 2; 69/1993, FJ 2; 215/1992, FJ 2; 223/1988, FJ 3; 133/1988, FJ 1, entre otras resoluciones.

37. SSTS 94/07, 14-2; 742/03, 22-5.

38. STC 100/1996, 11-6.

39. STS 1078/09, 5-11.

40. SSTS 1389/05, 14-11; 1045/05, 29-9.

día o deja de comparecer en llamadas judiciales,⁴⁰ no atiende requerimientos judiciales o se retrasa en la devolución de la causa original. Cuando las dilaciones sean en parte atribuibles al inculpado, pero también a terceros (órgano judicial, restantes partes procesales), el juez deberá ponderar las causas concurrentes, y decidir qué prevalecen, en orden a determinar si aprecia o no la atenuante. Según la jurisprudencia mayoritaria, para que las dilaciones sean atribuidas al inculpado hace falta que hayan sido provocadas por él, no bastando, por lo tanto, el simple hecho de no haber denunciado ante el órgano judicial las provocadas por un tercero.⁴¹ En contra de lo que viene exigiendo un sector jurisprudencial,⁴² la redacción del art. 21.6 no impone que la dilación haya sido provocada por el órgano judicial. Se incluyen, por tanto, los casos de retraso extraordinario del procedimiento para la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad o por la actuación de otra parte procesal.⁴³

- d) Finalmente, la dilación extraordinaria no guardará «proporción con la complejidad de la causa» cuando, atendiendo a la mayor o menor dificultad de los actos procesales pendientes de dictarse, exista alguna paralización del procedimiento sin justificación procesal.

En cuanto a la *comunicabilidad de la atenuante*, su carácter objetivo la hace extensible a terceros coinculpados que no lo hayan alegado, siempre que las dilaciones no le sean atribuibles.⁴⁴

4. NOVEDADES EN LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE MOTIVOS RACISTAS O DISCRIMINATORIOS (ART. 22.4 CP)

La LO 5/2010 ha introducido dos importantes modificaciones en la agravante de motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4 CP). Por un lado, la reforma introduce la motivación discriminatoria por *identidad de género*, con el objeto de dar cobertura a los casos de discriminación de las personas transexuales (transfobia). Tales casos no resultaban subsumibles en el móvil discriminatorio por motivo de «sexo u orientación sexual». Por otra, se sustituye el término «minusvalía» por «discapacidad», concepto de mayor tradición en Derecho comparado. La reforma, sin embargo, no introduce otras modificaciones sugeridas por la doctrina.⁴⁵

41. SSTS 480/09, 22-5; 94/07, 14-2; 1051/06, 30-10.

42. SSTS 1336/05, 2-2.

43. STC 100/1996, 11-6.

44. STS 50/05, 28-1, En contra, sin embargo, STS 1336/05, 2-2.

45. Sobre esto vid. PORTILLA CONTRERAS, «Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 37 ss.

5. MODIFICACIONES EN LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

5.1 PRISIÓN

5.1.1 Periodo de seguridad (art. 36.2 CP)

Según dispone el *art. 36.2 CP*, «[c]uando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del libro II de este Código. b) delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) delitos del artículo 183. d) delitos del capítulo V del Título VIII del libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece 13 años. El juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio».

La LO 5/2010 ha *eliminado el carácter automático de la aplicación del periodo de seguridad*. Dispone el *art. 36.2 CP*: «Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta».⁴⁶ La obligatoriedad se mantiene únicamente para los casos indicados expresamente en el nuevo párr. 2º del *art. 36.2 CP*, y siempre que la pena impuesta supere los cinco años. Según el nuevo *art. 36.2*, párr. 2º *CP*, «[e]n cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) delitos del artículo 183. d) delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años». La doctrina dominante viene cuestionando el carácter (ahora parcialmente) automático del periodo de seguridad por considerarlo incoherente con el sistema de individualización científica de la pena previsto en la LOGP.⁴⁷

46. Negrita añadida.

47. Vid. FUENTES OSORIO, «Período de seguridad», en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 35/9040; BACH FABREGÓ / GIMENO JUBERO, «Clases y contenido de penas y ejecución de las penas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 84 ss.

Cuando el interno se encuentre en *tercer grado penitenciario* y reciba notificación de nueva responsabilidad, el juez de vigilancia penitenciaria podrá acordar, según el caso, el retorno del sujeto a segundo grado, previo informe de la junta de tratamiento, o bien la aplicación del régimen general (art. 36.2, párr. 2º *in fine*: «El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, instituciones penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior»).

5.1.2 Abono de la prisión provisional (art. 58.1 CP)

El nuevo *art. 58.1 CP* dispone que «[e]l tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado íntegramente por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que esta privación fue acordada, excepto en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa». La inclusión de esta última cláusula resuelve definitivamente el debate sobre si el tiempo de prisión provisional podría ser abonado en dos causas diferentes (aquella por la que cumple privación de libertad y otra por la que ya se encontraría privado de libertad cumpliendo condena).⁴⁸

5.1.3 Sustitución de penas de prisión no superiores a un año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88.1 CP)

Junto a la posibilidad de sustituir penas de prisión no superiores a un año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, la LO 5/2010 introduce en el art. 88.1 CP también la que pueda ser sustituida por localización permanente, siempre que se trate de penas de prisión que no excedan de seis meses. En este último caso, cada día de prisión equivaldrá a un día de localización permanente. En caso de que el sujeto hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión podrá ser sustituida no sólo por la de trabajos en beneficio de la comunidad (como hasta la LO 5/2010), sino también por «localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima».

48. A favor de la conformidad con la Constitución Española del doble abono se había mostrado la STC 57/2008, 28-4. Crítica con esta resolución se mostró, en cambio, la STS 1391/09, 10-12. Sobre todo esto vid. BACH FABREGÓ / GIMENO JUBERO, «Clases y contenido de penas y ejecución de las penas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 87 ss.

5.1.4 Sustitución de pena privativa de libertad por expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España (art. 89 CP)

De acuerdo con la redacción del art. 89 CP ex LO 5/2010:

1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También podrá acordarse la expulsión en acto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero no podrá volver a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. Sin embargo, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancias del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que debiera cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente, o la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código«.

A diferencia de lo que sucedía antes de la reforma, después de la LO 5/2010 es posible acordar la sustitución por expulsión de cualquier pena privativa de liber-

tad (art. 89.5 CP). Sin embargo, con la reforma la expulsión ya no resulta aplicable de forma automática, sino facultativa. Como consecuencia de la reforma, ahora es necesaria la celebración de una audiencia previa en la que debe comprobarse si el penado tiene arraigo en España. En este caso podrá no procederse a su expulsión. En tal audiencia se escuchará al penado, al Ministerio Fiscal y a las restantes partes personadas. Este requisito era exigido por la jurisprudencia antes de la reforma, en el que el propio Tribunal Supremo llamó «relectura constitucionalizada del precepto».⁴⁹ No basta, por tanto, con que el reo sea sentido en el momento en que presta su declaración en el juicio oral, ni tampoco cuando ejerza su derecho a la última palabra. Por «razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España» deben entenderse no sólo las objetivas relativas al delito, sino, muy particularmente, las personales y familiares del sujeto.⁵⁰ La expulsión podrá acordarse en la misma sentencia o en acto posterior, exigiendo expresamente la reforma que ambos estén suficientemente «motivados». La referencia a la posibilidad de que la expulsión sea acordada mediante acto «posterior» a la Sentencia condenatoria cierra el debate sobre si cabía o no tal posibilidad en ejecución de sentencia.⁵¹

En cuanto al plazo de la prohibición de retorno a territorio español, con la LO 5/2010 el plazo único de diez años se sustituye por uno que puede ir de los cinco a los diez (art. 89.2 CP), dependiendo de la duración de la pena sustituida y de las circunstancias personales del sujeto. Entre estas últimas debe ser tenida en consideración, especialmente, su arraigo. De acuerdo con el art. 45 RD 2393/2004, éste deberá apreciarse cuando la permanencia del sujeto en España sea continuada, no existan antecedentes penales en España o en su país de origen, tenga un contrato de trabajo de cierta duración y, finalmente, resulte acreditada la existencia de vínculos familiares y domicilio conocido.⁵²

En caso de ruptura de la prohibición de regreso a España, a diferencia de lo que sucedía en el texto anterior, que sólo contemplaba la devolución del sujeto por parte de la autoridad gubernativa, tras la reforma caben dos supuestos (art. 89.4 CP). Si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, sin que se prevea mecanismo corrector de la pena o de com-

49. Vid., en este sentido, la emblemática STS 710/05, 7-6. Siguieron esta línea jurisprudencial, entre otras resoluciones de la jurisprudencia menor, las SSAP Tarragona 2ª, 470/09, 13-7; 29/09, 19-1; Barcelona 20ª, 804/06, 11-10; 2ª, 793/06, 19-9.

50. VELÁZQUEZ VIOQUE, «Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España», en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 32/7806. Sobre todo esto vid., además, CUGAT MAURI, «La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 99 ss.

51. A favor de esta posibilidad se pronunció la Circ. FGE 2/2006. En contra, en cambio, la STC 145/06, 8-5.

52. Lo recuerda VELÁZQUEZ VIOQUE, a ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 32/7823.

pensación por el tiempo de sustitución efectivamente cumplido.⁵³ En este caso, desaparece la prohibición de suspensión o sustitución de la pena prevista con anterioridad a la reforma.⁵⁴

5.2 LOCALIZACIÓN PERMANENTE (ART. 37.1 CP)

Según el nuevo *art. 37.1 CP*, «la localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en acto motivado. Sin embargo, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción, y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado». Varias son las modificaciones introducidas por la LO en el precepto.⁵⁵

Por un lado, se amplía a seis meses el límite máximo de la pena, que antes de la reforma era escasamente de doce días. Con ello, la localización permanente de tres meses y un día a seis meses pasa a ser pena grave (*art. 33.3 l*) CP), y la de un día a tres meses pena leve (*art. 33.4 g*) CP).

En cuanto al lugar de cumplimiento, el nuevo precepto dispone que el mismo podrá ser determinado tanto en Sentencia como en Acto posterior, debiendo ser ambos motivados. Además, la LO 5/2010 introduce la posibilidad de que, en determinados casos (singularmente de reiteración delictiva), la localización permanente se cumpla en centro penitenciario.

Para que esto último tenga lugar, es necesario «que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable». El único precepto en el que esto sucede es el *art. 623.1 CP* (comisión reiterada de faltas de hurto). De acuerdo con el mismo, «[l]os que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros. En los casos de perpetración reiterada de esta falta, se impondrá en todo caso la pena de localización permanente. En este último supuesto, el juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 37.1. Para apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no juzgadas, y a la proximidad temporal de las mismas».

53. Realiza esta observación, con acierto, VELÁZQUEZ VIOQUE, en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 32/7823.

54. a antes de la reforma esta solución había sido convalidada por el ATC 132/2006, 4-4, FJ 2º.

55. Sobre estas modificaciones vid. TORRES ROSELL, «La pena de localización permanente y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 92 ss.

6. MODIFICACIONES EN LAS PENAS PRIVATIVAS DE OTROS DERECHOS

6.1 INHABILITACIONES Y TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Dispone el *art. 46 CP* que «[l]a inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las otras, así como la incapacidad para obtener nombramiento para estos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El juez o tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso. A efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluidas la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas».⁵⁶

De acuerdo con el *art. 49 CP*, los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes (...).»⁵⁷

6.2 MULTA

En cuanto a la pena de multa, en el régimen de días-multa, la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica lleva consigo la modificación tanto de su extensión como de la cuota diaria. Así, según el *nuevo art. 50.3 CP*, «su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años». Por su parte, el *art. 50.4 CP* dispone que «la cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros».

Se introducen igualmente en materia de multa a personas jurídicas, las reglas previstas en los *arts. 52.4 y 53.5 CP*. Dispone el primero de estos preceptos:

En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, el valor

56. En negrita las dos adiciones realizadas al precepto, ninguna de las cuales se encontraba en el Proyecto.

57. El inciso destacado en negrita ha sido introducido por la LO 5/2010. Sobre esta novedad vid. TORRES ROSELL, «La pena de localización permanente y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 95 ss.

del objeto, o la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo sobre la base de tales conceptos, el juez o tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes: a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior. c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos»).

Por su parte, el art. 53.5 CP establece que

[p]odrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiera señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma.

7. NUEVAS REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA (ART. 66 BIS CP)

Junto al art. 66 CP introduce un nuevo precepto, el art. 66 bis CP, que contiene reglas de individualización de la pena específicamente previstas para las personas jurídicas. De acuerdo con el nuevo precepto:

En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66, así como las siguientes:

1. En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 deberá tenerse en cuenta:

- a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.
- b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.
- c) El lugar que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber control.

2. Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que la persona jurídica sea reincidente.
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) e i), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5 del primer número del artículo 66.
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

8. LA NUEVA MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA (ART. 96.3 CP)

Tras la LO 5/2010, el sistema de medidas de seguridad privativas de libertad permanece inalterado. No ocurre lo mismo, en cambio, con las medidas de seguridad no privativas de libertad. Tras la reforma, las medidas de seguridad no privativas de libertad que pueden imponerse son (*art. 96.3 CP*):

- La inhabilitación profesional.
- La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.
- La libertad vigilada.
- La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el juez de vigilancia penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.
- La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

Especial relevancia tiene, a este respecto, la incorporación al Código Penal de una nueva medida de seguridad no privativa de libertad: la libertad vigilada (*art. 96.3 CP*). La nueva medida, presente en otros ordenamientos de Derecho comparado (Alemania, Italia, EEUU) y largamente reclamada por un sector doctrinal, nace con la vocación de constituir una medida de seguridad aplicable no sólo a inimputables o semiimputables, sino también a imputables peligrosos de criminalidad grave con posterioridad al cumplimiento de una pena privativa de libertad. Tras la reforma, la libertad vigilada convierte en la única medida de seguridad aplicable tanto a imputables como inimputables y semiimputables. En el caso de los primeros, la libertad vigilada podrá durar hasta diez años, en el de los segundos hasta cinco.

Su fundamento debe verse en la necesidad de articular soluciones adicionales a la pena en supuestos de especial gravedad en los que la pena no resulta sufi-

ciente para excluir un elevado riesgo de reincidencia con el objeto de garantizar razonablemente la seguridad del resto de ciudadanos.

En su actual configuración, la libertad vigilada supone, en esencia, una refundición de medidas no privativas de libertad existentes con anterioridad, junto a algunas reglas de conducta u obligaciones nuevas. De este modo, desaparecen como medidas autónomas las previstas en los art. 96.3.3, 4, 5, 9, 10, 11 y 12 CP, que pasan a integrarse como reglas de conducta, junto a otras medidas nuevas, en la localización permanente. Subsisten de forma autónoma las restantes medidas de seguridad no privativas de libertad.

Los dos supuestos en los que se prevé la aplicación de la libertad vigilada a sujetos imputables se encuentran previstos en los arts. 192.1 (delitos contra la libertad sexual) y 579.3 CP (delitos de terrorismo). En ambos preceptos, el legislador reformista establece que los condenados a pena de prisión por uno o más delitos contra la integridad e indemnidad sexuales o de terrorismo se les impondrán además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de esta medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor. Llama la atención la heterogeneidad de ambas tipologías de delincuentes (sexuales *versus* terroristas), así como la ausencia de otras tipologías de delincuentes hipotéticamente idóneos en relación con la medida que nos ocupa (p. ej., violencia de género). Por otra parte, teniendo en cuenta que en los delitos de terrorismo pueden ser impuestas penas de prisión de hasta 40 años, la imposición de una medida de seguridad de libertad vigilada de cumplimiento posterior cuya duración fuera de hasta 10 años podría ser difícilmente compatible con la finalidad resocializadora de penas y medidas de seguridad (art. 25.2 CE).

Según la doctrina, por «delincuente primario» a tales efectos debe entenderse todo aquel sujeto que: a) no haya sido condenado con anterioridad por la comisión de un delito; b) haya sido condenado por algún delito de distinta naturaleza, c) haya sido condenado por un delito contra la libertad sexual o de terrorismo, pero sus antecedentes penales ya se encuentren cancelados.

La libertad vigilada consistirá en la sumisión del condenado a control judicial mediante el cumplimiento (en su caso acumulativo) de alguna de las siguientes reglas de conducta (art. 106.1 CP):

- a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el juez o tribunal establezca.
- c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale al efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.

- e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- h) La prohibición de residir en determinados lugares.
- i) La prohibición de ejercer determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

Atención especial merece la obligación de estar siempre localizable (art. 106.1 a) CP). Se trata de una regla de conducta nueva. De manera análoga a lo dispuesto en el art. 48.4 CP, la localización del sujeto se realizará «mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente». El precepto parece referirse a la aplicación de la tecnología GPS (Global Positioning System). No, en cambio, a sistemas de contacto programado o sistemas de monitorización mediante radiofrecuencia, que únicamente permiten detectar presencias o ausencias domiciliarias, pero no la localización permanente del sujeto.

También constituye regla de conducta nueva la prevista en el art. 106.1 i) CP, consistente en la prohibición de ejercer determinadas actividades. El fundamento de la medida es evitar la realización por parte del sujeto de determinadas actividades que pueden facilitarle la comisión de hechos delictivos. Así, por ejemplo, cuando la medida sea impuesta a un sujeto condenado por un delito contra la libertad sexual con víctima menor de edad, la medida podría consistir en la prohibición de realizar actividades que impliquen un contacto directo con menores, como hacer de monitor de actividades extraescolares, entrenador deportivo, etc.

En cuanto a la obligación de seguir tratamiento médico externo o de someterse a un control médico periódico (art. 106.1. k), cuando se trate de un sujeto imputable será necesario el consentimiento, de conformidad con lo previsto en el art. 8 Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. De manera correlativa, el rechazo del tratamiento no dará lugar a un delito de quebrantamiento de condena (art. 100.3 CP).

El procedimiento de imposición de la libertad vigilada a sujetos imputables se encuentra previsto en el art. 106.2 CP. De acuerdo con este precepto «el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código. En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de manera que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en este mismo momento, el juez de vigilancia penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propues-

ta al juez o tribunal sentenciador, que, conforme a este procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que deberá observar el condenado. Si este lo hubiera estado en varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas. Asimismo, el penado a quien se hubiera impuesto por varios delitos de otras medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el juez o tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente».

El juez o tribunal podrá modificar en adelante las obligaciones y prohibiciones impuestas (art. 106.3 a) CP); reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas (art. 106.3 b) CP), o dejar sin efecto la medida (art. 106.3 c) CP), en función del posible pronóstico reinserción del sujeto. Para ello deberá tenerse en cuenta la evolución del sujeto y la probabilidad de reiteración delictiva.

En cuanto al incumplimiento de una o varias reglas de conducta, el art. 106.4 CP dispone que «[e]n caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el juez o tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuese reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código».

9. NOVEDADES EN MATERIA DE CONSECUENCIAS ACCESORIAS

9.1 DECOMISO

La LO 5/2010 introduce nueva regla para el decomiso en supuestos de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. La regla se encuentra recogida en el art. 127.1.2 CP: «El juez o tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado en cuanto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de estas personas». Como medida complementaria, se crea la Oficina de Recuperación de Activos (art. 367 LECr septies).

Además, la reforma trae consigo una nueva regla sobre el decomiso en casos de delito imprudente. Dispone al respecto el art. 127.2 CP: «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 las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar». La regla da cumplimiento a la Decisión Marco 2005/212/JAI, relativo al decomiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

9.2 NUEVO CONTENIDO DEL ART. 129 CP

Con el nuevo régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica se redefine el ámbito de aplicación art. 129 CP, que queda circunscrito a los casos de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por no tener personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código (art. 129.1 CP). En tales casos, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a estas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. Según el nuevo art. 129.2 CP, «las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de algún los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas». De acuerdo con el apartado 3º del precepto, «la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7».

10. NUEVA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

Cuatro son, fundamentalmente, las novedades introducidas por la LO 5/2010 en la materia:⁵⁸

- Modificación del ámbito de aplicación de la regla de la imprescriptibilidad (art. 131.4 CP).
- Eliminación del plazo de prescripción de tres años, pasando a prescribir a los cinco años los delitos que lo hacían los tres (art. 131, párr. 4 CP).
- Introducción de una nueva regla de determinación del plazo de prescripción en caso de concurso de delitos y de delitos conexos (art. 131.5 CP).

58. Sobre esto vid. HERNÁNDEZ GARCÍA, «La reforma del régimen prescriptivo de los delitos y de las penas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 121 ss.

— Modificación del régimen de interrupción de la prescripción (art. 132.2 CP).

10.1 MODIFICACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD (ART. 131.4 CP)

La LO 5/2010 extiende el régimen de la imprescriptibilidad, previsto hasta su entrada en vigor únicamente para «los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», los delitos de homicidio y asesinato terrorista («tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, de haber causado la muerte de una persona»). Una interpretación sistemática de los arts. 571 y 572.1 CP permite concluir que el resultado de muerte al que se refiere el nuevo art. 131.4 CP es el causado por los que actúen «perteneciente, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública».

La técnica legislativa empleada por el legislador en el art. 131.4 CP conduce a importantes problemas prácticos. Aunque la solución de la imprescriptibilidad de los delitos de referencia pueda resultar atendible desde consideraciones de necesidad preventivo-general de pena, esto no significa, sin embargo, que todos los delitos que se encuentran en las correspondientes rúbricas merezcan ser declarados imprescriptibles. Piénsese, por ejemplo, en el delito de negación o justificación del genocidio (art. 607.2 CP), castigado con pena de prisión de uno a dos años,⁵⁹ o en el delito de orden o realización de actos contrarios a los tratados internacionales (art. 614 CP), castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. A la vista de estas penas, a falta de la previsión recogida en el art. 131.4 CP los delitos de referencia prescriben a los cinco años. La pregunta es, entonces, si atendiendo a la escasa gravedad de la pena prevista para ambos delitos, puede afirmarse, razonablemente, que tales infracciones son realmente merecedoras de ser declaradas imprescriptibles. La LO 5/2010 se ha mostrado parcialmente sensible a esta eventualidad. Ha excluido del conjunto de delitos imprescriptibles el delito del art. 614 CP, pero no, en cambio, el de genocidio (art. 607.2 CP).

10.2 DESAPARICIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE TRES AÑOS (ART. 131, PAR. IV CP)

Otra de las importantes novedades de la LO 5/2010 en materia de prescripción del delito viene representada por la ampliación del plazo de prescripción de los delitos menos graves con pena máxima inferior a tres años de prisión o inhabilitación. Hasta la LO 5/2010, el plazo de prescripción previsto para tales delitos era de tres años (art. 131.5 CP), pasando, como consecuencia de la reforma, a cinco años. De esta manera, con la excepción de los delitos de injurias y calumnias, que siguen prescribiendo al año, y de las faltas, que siguen haciendo a los seis meses,

59. En este sentido RAGUÉS I VALLÉS, *La prescripción penal*, 2004, p. 94.

el plazo mínimo de prescripción de las infracciones penales deja de ser de tres años, y pasa a ser de cinco.

Este cambio desplegará importantes consecuencias en relación con algunos delitos de enorme trascendencia práctica, como, por ejemplo, la estafa o la apropiación indebida. Hasta la LO 5/2010, estos delitos venían prescribiendo a los tres años, salvo que concurriera alguno de los elementos típicos accidentales previstos en el art. 250 CP, o se tratara de un delito continuado, en este caso el plazo de prescripción podía alcanzar los cinco años. La razón fundamental que impulsa a la LO 5/2010 a extender a los delitos que venían prescribiendo a los tres años el plazo de prescripción de los cinco no es otra —en palabras del propio preámbulo de la LO 5/2010— que la voluntad de revertir la sensación subjetiva de impunidad y desconfianza hacia la Administración de Justicia que despiertan en la colectividad los casos de aquellos delitos que, debido a la complejidad que suele conllevar su investigación, en ocasiones prescriben con anterioridad a que se haya iniciado su averiguación y posterior persecución.

Esta justificación, sin embargo, no resulta plenamente compartible. Puede aceptarse sin reparos que, en ocasiones, el descubrimiento o investigación de los hechos que constituyen el sustrato fáctico de algunas de las constelaciones delictivas referidas por Preámbulo (delitos urbanísticos, algunos delitos contra la Administración Pública) puede resultar extremadamente complejo. Si a esto se suma que tales delitos no siempre vienen acompañados de penas particularmente onerosas, la consecuencia será que el plazo de prescripción de los mismos resulta, a veces, considerablemente escaso. Sin embargo, que esto suceda en ocasiones no significa, de ninguna manera, que lo haga siempre. Es obvio que no todos los delitos con pena de prisión inferior a tres años consisten en infracciones «el descubrimiento e investigación de las que pueden sin embargo resultar extremadamente complejos y dilata-dos». Piénsese, por ejemplo, en los delitos de lesiones previstos en los arts. 147.2 y 152.1 CP, hurto (art. 234 CP), violencia de género (art. 153.1, 171.4, 172.2 CP), amenazas (art. 169 ss. CP), coacciones (art. 172 CP), daños (art. 263 ss. CP) y un largo etcétera de delitos cuya instrucción normalmente no será particularmente compleja. Todo ello debería conducir, como es lógico, a la previsión de plazos específicos de prescripción, más amplios, para tales constelaciones delictivas, sin que esta ampliación de plazos deba extenderse a delitos que en absoluto participan de tales particularidades. Por este motivo, la extensión del plazo de prescripción de cinco años a todos los delitos con pena de prisión inferior a cinco años provocará la aplicación del mismo plazo de prescripción a delitos de complejidad y gravedad muy diversa.

10.3 LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO EN SUPUESTOS DE CONCURSO DE INFRACCIONES Y DE CONEXIDAD DELICTIVA (ART. 131.5 CP)

10.3.1 Casos de concurso de infracciones

El Proyecto incorpora al art. 131 CP un nuevo apartado. Se trata del apartado 5, de conformidad con lo que «[e]n los supuestos de concurso de infracciones (...), el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave». La nueva regla

de determinación del plazo de prescripción en los casos de concurso de infracciones constituye la plasmación legal de un consolidado criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo. De acuerdo con este criterio, en los supuestos de referencia el plazo de prescripción de los delitos en concurso será único. Concretamente, el plazo correspondiente al delito de la relación concursal por el que esté prevista pena más grave. Aunque los jueces y tribunales no lo vienen destacando de forma expresa, de la propia lógica del criterio jurisprudencial que nos ocupa que también el *dies a quo*, es decir, el día en que debe entenderse cometido el delito a efectos de dar inicio al cómputo del plazo de prescripción del conjunto delictivo, es único, y se corresponde con el momento de consumación del delito que tiene asignada pena más grave. Según la jurisprudencia, la razón por la que en los casos de concurso de delitos el plazo de prescripción debe ser único y común para todas las infracciones en concurso reside en que en tales supuestos se produce una unidad delictiva entre los diferentes delitos en concurso, de tal manera que separarlos para determinar la prescripción o no de cada uno de ellos por separado resultaría completamente artificioso.⁶⁰

Sin embargo, puede advertirse fácilmente que la línea jurisprudencial que acaba de ser expuesta no se refiere, en realidad, a todas las modalidades de concurso de delitos. Sólo se alude al concurso medial e ideal de delitos, no, en cambio, el concurso real de infracciones. Este hecho resulta coherente con el argumento relativo a la unidad delictiva del conjunto de infracciones, que por principio brilla por su ausencia en los casos de concurso real. Y también con el criterio del plazo de prescripción único correspondiente al delito más grave, porque el mismo se corresponde con la regla de la exasperación de la pena prevista para los casos de concurso medial e ideal de delitos en el art. 77.2 CP. Teniendo en cuenta que en estos supuestos la pena aplicable es la correspondiente a la mitad superior de la prevista para el delito más grave, el Tribunal Supremo entiende que el plazo de prescripción del conjunto concursal será, en coherencia con este criterio, el correspondiente al delito más grave, a computar desde el momento en que tenga lugar su consumación.

El nuevo art. 131.5 CP, al convertir este criterio en derecho positivo, resuelve el grave problema de legalidad que planteaba el hecho de que en dichos casos de concurso ideal o medial de delitos, la jurisprudencia estableciera, en contra de reo, un plazo de prescripción no previsto legalmente: el correspondiente al delito más grave. Como ya se ha mencionado de forma repetida, en el Código Penal en vigor, el plazo de prescripción del delito se encuentra determinado en el art. 131.1 CP en función de la mayor o menor gravedad de la pena prevista para el delito, es decir, en función de la mayor o menor gravedad de la infracción. Hasta la llegada de la LO 5/2010, las únicas excepciones a los plazos previstos en este precepto eran las que se encontraban recogidas en los restantes apartados del art. 131 CP para las faltas (art. 131.2 CP), los delitos con pena compuesta (art. 131.3 CP) y los ya mencionados delitos imprescriptibles de lesa humanidad, genocidio y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (art. 131.4 CP). En cuanto a la

60. Claramente expresiva de este punto de vista es, por ejemplo, la STS 706/07, 6-6.

determinación del *dies a quo*, las reglas se encuentran previstas en el art. 132.1 CP, aunque únicamente para los casos de delito instantáneo, permanente, de estado y continuado. Ninguna regla se encontraba, en cambio, en relación con los supuestos de concurso de delitos. De esta manera, hasta la entrada en vigor del nuevo art. 131.5 CP, la regla que ahora nos ocupa constituía un claro ejemplo de analogía *in malam partem*. Analogía porque la regla no se encontraba prevista en la Ley, aunque se aplicaba por la supuesta existencia de una similitud entre los casos de concurso de delitos con los de delito continuado. E *in malam partem* porque la aplicación de este criterio conducía, de hecho, a una prolongación del plazo de prescripción del delito menos grave previsto en el art. 131.4 CP.

Sin embargo, también el nuevo art. 131.5 CP puede resultar problemático por varias razones. En primer lugar, debe advertirse que la alusión a los «supuestos de concurso de infracciones» resulta lo suficientemente amplia como para comprender en su tenor literal posible no sólo los casos de concurso ideal o medial de delito, sino también los de concurso real de delitos. Sin embargo, es evidente que el fundamento material de la regla del art. 131.5 CP, la supuesta existencia de una unidad delictiva, podría concurrir en los casos de concurso medial o ideal, pero nunca en los de concurso real. Como es sabido, en esta clase de concurso de delitos se produce una pluralidad de hechos que dan lugar a una pluralidad de delitos.⁶¹ Debido a esto, carecería de todo sentido no computar los plazos de prescripción de cada uno de los delitos en juego por separado. Con otras palabras: si lo que justifica la existencia de un plazo único de prescripción y de un único *dies a quo* (los correspondientes al delito más grave) en los casos de concurso de delitos es, desde el punto de vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo —ahora transformado en el art. 131.5 CP—, la existencia de una unidad de acción delictiva, resulta incuestionable que tal unidad no concorra, en modo alguno, en los casos de concurso real de delitos.

La inclusión del concurso medial y el concurso ideal de delitos en el art. 131.5 CP conduce a formular otro interrogante: ¿Realmente puede afirmarse que en los casos de concurso medial de delitos existe la unidad delictiva que presupone el precepto? En relación a las consideraciones del Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica del concurso medial de delitos, según las cuales también en los casos de concurso medial de delitos se da unidad de acción entre el delito medio y el delito fin, debe afirmarse de forma decidida que el concurso medial de delitos no es un concurso ideal, sino un real. Es cierto que el art. 77 CP dispone una regla de determinación de la pena común para el concurso ideal y el medial de delitos. Pero eso no significa que la naturaleza jurídica del concurso medial de delitos sea la propia del concurso ideal. Se trata de un caso de concurso real al que se aplica la regla de determinación de la pena para evitar un *bis in idem* parcial. En el concurso medial de delitos concurre una pluralidad de hechos que da lugar a una pluralidad de delitos, con la única particularidad de que los delitos se encuentran en una relación medio-fin. Como es sabido, la existencia o no de unidad delictiva no puede

61. Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 8ª ed., 2008, 27/54 ss.

decidirse de acuerdo con un criterio de carácter exclusivamente naturalístico, sino con apoyo en uno de naturaleza valorativo-social. De conformidad con tal criterio, deberá partirse de la valoración social del hecho desde el punto de vista del contexto situacional o motivacional y preguntarse si, a partir de la misma, puede decirse que el hecho tiene una unidad de acuerdo con el sentido que el legislador ha querido dar al tipo correspondiente. Un ejemplo claro de unidad jurídica de acción es el delito continuado, por el que, como ya se ha indicado, el art. 132.1 CP tiene prevista una regla específica para la determinación del *dies a quo*.⁶² Por todo ello, también en los casos de concurso medial de delitos, cada uno de los delitos en juego debe prescribir por separado.⁶³

Ciertamente, teniendo en consideración la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo de la que el art. 131.5 CP trae causa, es previsible que el nuevo precepto sea aplicado por jueces y tribunales de tal manera que el mismo resulte extensible no sólo a los casos en los que más claramente concurre unidad de acción, es decir, los supuestos de concurso ideal de delitos, sino también a los casos de concurso medial. Sin embargo, resultaría ampliamente preferible una interpretación restrictiva del precepto de referencia que dejara fuera del mismo todos los casos de concurso real de delitos (también, por tanto, los de concurso medial), y que se limitara a extender su ámbito de aplicación, por tanto, a los casos de concurso ideal de delitos.

10.3.2 Casos de conexidad delictiva (art. 17 LECr)

El nuevo art. 131.5 CP dispone, además, que «[e]n los supuestos de (...) infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave». Según lo dispuesto en el art. 17 LECr, «Considérense delitos conexas: 1. Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos jueces o tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. 2. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello. 3. Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución. 4. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5. Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieran analogía o relación entre sí, a juicio del tribunal, y no hubieran sido hasta entonces sentenciados».

Una primera lectura del precepto permite advertir ya que en ninguno de los cinco casos de conexidad delictiva es necesaria, ni siquiera indirectamente, la existencia de una unidad de acción delictiva, en el sentido exigido por la jurisprudencia y presupuesto para el nuevo art. 131.5 CP para los casos de concurso de infracciones. Es obvio que la de los delitos conexas no es una categoría de naturaleza sustantiva, sino procesal, que responde a la conveniencia de que en determinados supuestos no se produzca un quebrantamiento de la llamada continencia de la

62. Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 8ª ed., 2008, 27/2 ss.

63. También defiende este punto de vista RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, 2004, pp. 190 s.

causa. Pues bien: es igualmente evidente que tal conveniencia procesal, que persigue, asimismo, garantizar la correcta averiguación y posterior enjuiciamiento de los hechos, nada tiene que ver con el fundamento de la prescripción del delito. Es decir, la necesidad o no de pena de un hecho delictivo como consecuencia del transcurso de un determinado espacio de tiempo desde el momento en que se produce su consumación.⁶⁴

De hecho, sólo en uno de los apartados del art. 17 LECr, el 1º, exige la existencia de proximidad temporal entre los diferentes delitos conexos en juego. Resulta perfectamente imaginable, por ello, que dos personas se pongan de acuerdo para cometer dos delitos, uno cada uno de ellos (art. 17.2 LECr), o que se cometa un delito para encubrir o garantizar la impunidad de otro (art. 17.4 LECr), y que los respectivos momentos de consumación de cada uno de ellos se encuentren tan separados en el tiempo que cuando se produzca la consumación del delito más grave, el plazo de prescripción del delito menos grave ya haya transcurrido. Así las cosas, ¿qué sentido tiene hacer revivir este plazo de prescripción, o, si se prefiere, mantenerlo suspendido en el tiempo de forma indefinida, cuando parece evidente que, transcurrido el mismo, la necesidad preventiva de pena de la infracción ya habría desaparecido?⁶⁵

10.4 MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

10.4.1 La problemática hasta la LO 5/2010

Antes de la reforma realizada por la LO 5/2010, uno de los aspectos más controvertidos de la prescripción del delito residía en la determinación del momento en que este plazo debe entenderse interrumpido. Aparentemente, la cuestión se encontraba resuelta en el art. 132.2 CP. De acuerdo con el tenor literal de este precepto antes de la reforma, «[l]a prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena».

Sin embargo, esta regla se encontraba lejos de ser inequívoca. Una de las cuestiones más dudosas era la relativa a cuándo tenía que concluirse que «el procedimiento se dirige contra el culpable». Tres eran las posturas defendidas en la doctrina y la jurisprudencia al respecto.⁶⁶

64. Este punto de vista está avalado por la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo. Son ejemplos de ello las SSTS 29-7-98, 12-5-99, 21-12-99 y 3-07-02.

65. En el mismo sentido RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, 2004, p. 192. De otra opinión CONSEJO FISCAL, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, p. 73, que ya solicitó la inclusión en el Código penal de la regla que ahora nos ocupa, con apoyo en las SSTS 966/2004, 21-7 y 312/2006, 14-3.

66. Una exposición detallada de estas tres posturas se encuentra en RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, 2004, pp. 161 ss.

- De acuerdo con una primera interpretación, mantenida por la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que se entienda que el «procedimiento se dirige contra el culpable» basta con que se presente denuncia o querrela contra el mismo.⁶⁷
- Según un segundo sector jurisprudencial, que se corresponde con el punto de vista más clásico de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y, en parte, con la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no basta para la interrupción de la prescripción con la presentación de una denuncia o querrela, sino que es necesario, además, que esta denuncia haya sido admitida a trámite mediante el correspondiente Auto del juez de instrucción, y, en su caso, el Acto de incoación de la instrucción del procedimiento.⁶⁸
- Finalmente, de conformidad con una tercera opinión, la dirección del procedimiento contra el culpable tiene lugar únicamente cuando el sujeto es citado por el Juez de Instrucción para declarar en condición de imputado.

De estas tres posturas, la que mejor se acercaba a la letra del antiguo art. 132.2 CP, que exigía que el acto de interrupción de la prescripción del delito consistiera en un acto de dirección del procedimiento contra el culpable, era, sin duda, la segunda. Como es sabido, en su primera fase, la instrucción, la dirección del procedimiento es a cargo del juez de instrucción, de tal manera que todo acto que implique, de un modo u otro, dirigir el procedimiento contra un sujeto deberá ser realizado por él. En relación a esto, la simple denuncia o querrela de unos hechos de ninguna manera puede merecer la calificación de acto de dirección del procedimiento contra el culpable, porque a través del correspondiente escrito de denuncia o querrela, el denunciante o querellante está limitando a instar la incoación de un procedimiento penal para la averiguación y persecución de unos hechos, pero no dirige el procedimiento contra el denunciado o el querrellado.⁶⁹ De hecho, resulta perfectamente posible imaginar un supuesto en que el objeto de la denuncia o querrela venga representado por un hecho no constitutivo de delito, de tal manera que aquella sea, finalmente, inadmitida a trámite. ¿Tendrá algún sentido afirmar, entonces, que mediante la simple presentación de la denuncia o querrela «se ha dirigido el procedimiento contra el culpable», cuando posteriormente el Acto de inadmisión a trámite de la querrela vendría a declarar, en realidad, la inexistencia de todo procedimiento judicial, por no ser los hechos denunciados ni siquiera típicos?

A favor de la solución de la interrupción de la prescripción del delito mediante la simple presentación de la denuncia o querrela se afirmó que si se espera al momento en que el juez de instrucción la admita a trámite, entonces es posible

67. En este sentido vid. por ejemplo, SSTS 331/06, 24-3, 774/05, 2-6, 71/04, 2-2, 298/03, 14-3, 162/03, 4-2 y 147/03, 5-2, entre otras. En idéntico sentido se pronunció la Inst. 5/05 FGE.

68. Esta interpretación fue defendida, por ejemplo, por las SSTS 3-2-84, 21-1-93, 26-2-93, 30-9-94, 31-5-97, 28-10-92, 16-10-97, 25-1-99, 29-9-99, y 25-1-00.

69. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 124; RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, 2004, pp. 164 ss.

que si el juez de instrucción se retrasa en el dictado del acto de admisión a trámite, cuando esto sucede el delito podría encontrarse ya prescrito. Esta insatisfactoria consecuencia sería sencillamente insoportable —se sostenía— cuando el retraso judicial fuera doloso, porque entonces podría decirse que la prescripción o no de un delito quedaría enteramente al arbitrio del propio juez de instrucción. Contra estos argumentos se oponía a que aunque la solución de la no interrupción del plazo con la interposición de la denuncia o querrela podía conducir, ciertamente, a consecuencias insatisfactorias, el mayor o menor retraso con el que un juez de instrucción resuelva sobre la admisión o no a trámite de un escrito de denuncia o querrela no debía significar incidencia alguna sobre la suerte del denunciado o querrelado. Es obvio que la solución a los problemas derivados del incorrecto funcionamiento de la Administración de justicia, y, particularmente, al retraso en la tramitación de las causas judiciales como consecuencia de la sobrecarga que sufren las oficinas judiciales en España, no pasaba precisamente por declarar la no prescripción de hechos ya prescritos, sino más bien por la realización de cambios estructurales o funcionales en el sistema judicial. Y en cuanto a la necesidad de evitar que el Juez de Instrucción pueda decidir libremente si deja prescribir o no un delito, una parte de la doctrina ya apuntaba antes de la LO 5/2010, desde una perspectiva *de lege ferenda*, que la solución podría pasar —como sucede en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural— por la previsión expresa en el Código de un régimen de suspensión del cómputo del plazo de prescripción para casos como los que ahora se someten a consideración.⁷⁰ Por todo ello, era razonable entender, en suma, que el criterio más acertado era lo que permitía concluir que el plazo de prescripción del delito no se interrumpía con la mera presentación de la querrela, sino con el dictado del acto por el que acuerda su admisión a trámite. En general, este acto coincide con el de incoación de diligencias previas, en el procedimiento abreviado, y con el de procesamiento en el caso del procedimiento ordinario. Se exigía, eso sí, que no se tratara de un acto meramente formal o de formulario, sino de una resolución con contenido dispositivo material. No hacía falta, en cambio —como se defendía desde la tercera opinión expuesta supra— esperar el momento en que el imputado sea citado a declarar como tal.⁷¹

10.4.2 El nuevo art. 132.2 CP tras la LO 5/2010

El nuevo art. 132.2 CP, resultante de la reforma operada por la LO 5/2010, resuelve algunos de los más relevantes problemas aplicativos del precepto, y que acaban de ser apuntados. Dos son, en esencia, las aportaciones fundamentales del nuevo precepto:

- Previsión expresa de una interpretación auténtica del concepto «dirección del procedimiento al indiciariamente responsable».

70. RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, 2004, p. 168.

71. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 135.

- Reconocimiento a la presentación de la denuncia o querrela de un efecto suspensivo de la prescripción del delito.

En cuanto a la primera de estas dos contribuciones, el nuevo art. 131.2 CP sustituye el término «culpable» por la expresión «indiciariamente responsable». Este cambio merece una valoración positiva. Como es lógico, cuando el juez dirige el procedimiento contra alguien por primera vez, bien admitiendo a trámite una denuncia o querrela presentada contra él, bien acordando la incoación de diligencias previas contra el mismo, bien citando a declarar como imputado, es evidente que el destinatario de dichos posibles actos de dirección del procedimiento de ninguna manera podría ser acreedor del calificativo de «culpable» del delito investigado. Aunque en derecho penal el tenor literal posible del concepto «culpabilidad» es enormemente amplio, entendido en un sentido estricto la ocupación del mismo en el contexto que ahora nos ocupa podría ser, al menos desde una perspectiva formal, difícilmente compatible con el principio de presunción de inocencia que ampara a todo imputado.

En cuanto a la aclaración legal de cuándo debe entenderse que el «procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta», la LO 5/2010 dispone, en la primera de las reglas previstas en el nuevo precepto, que «se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoarse la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta». Como puede comprobarse, la LO 5/2010 no recurre —a diferencia de lo que sucede en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural—⁷² a la ocupación de un catálogo cerrado de actos procesales de dirección del procedimiento contra el culpable, generando, con ello, un considerable grado de inseguridad jurídica.⁷³

La LO 5/2010 acoge, en relación con este particular, el criterio sobre interrupción de la prescripción de delito sostenido por la doctrina jurisprudencial establecida en las SSTC 63/2005, 14-2, y 29/2008, 20-2. Esta doctrina impugna la línea interpretativa del artículo 132.2 CP favorecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable al reconocimiento de eficacia interruptora de los actos de parte iniciadores del proceso. Así las cosas, de acuerdo con el nuevo art. 132.2 CP, para la interrupción de la prescripción del delito no basta con la simple presentación de la denuncia o querrela, ni tampoco con su admisión a trámite a través de un auto judicial, sino que es necesario, al menos, que el juez de instrucción acuerde la apertura de la causa contra una persona determinada, o posteriormente le dirija el procedimiento de otra manera, por ejemplo mediante la correspondiente citación

72. Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, p. 61; CONSEJO FISCAL, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, p. 77.

73. Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, p. 62; CONSEJO DE ESTADO, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 26.

judicial para declarar como imputado. Hay un auto judicial de dirección del procedimiento contra un sujeto determinado. La necesidad de que la interrupción se produzca como consecuencia de una resolución judicial priva de toda capacidad interruptora del plazo de prescripción del delito, por ejemplo, a la orden de detención que puede dictar el Fiscal.⁷⁴

En cuanto al grado de determinación del sujeto contra el que debe dirigirse el procedimiento para que se produzca la interrupción de la prescripción, el nuevo art. 132.2.3 CP dispone que «a efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente esta identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho». De tal regla pueden extraerse dos conclusiones. La primera, que no es precisa la determinación nominal del sujeto, con lo que de inseguridad jurídica puede comportar ello. La segunda, que la interrupción de la prescripción no podrá conseguir a sujetos ajenos a la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho y que, por tanto, no estuvieran determinados inicialmente.⁷⁵ Es necesario preguntarse, sin embargo, si en cuanto a la llamada criminalidad organizada, la exigencia de determinación del indiciariamente responsable no es quizá exagerada. Piénsese, por ejemplo, en todas aquellas causas en las que la investigación avanza a través del dictado de resoluciones sustanciales que, sin embargo, aún no logran determinar a determinados sujetos (por ejemplo, los encargados de la dirección del aparato de poder organizado), y que, por ello, en aplicación del criterio adoptado por la reforma, carecerían de efecto interruptor.⁷⁶

Sin embargo, que la presentación de la denuncia o querrela carezcan de efectos interruptores de la prescripción del delito no significa que no puedan desplegar efecto alguno. Según el nuevo art. 132.2.2 CP, «[n]o obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia».⁷⁷ Como es sabido, la diferencia entre la interrupción y

74. Prevista en el art. 5 Ley 50/1981, 30-12, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. A favor de una regulación específica de estos actos, a efectos interruptores o suspensivos, se muestra, en cambio, CONSEJO DE ESTADO, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 25.

75. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, p. 67.

76. Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, pp. 72 s.; CONSEJO DE ESTADO, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 67.

77. La inclusión de la cláusula final «a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia» procede de una sugerencia del CONSEJO DE ESTADO, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 134.

la suspensión consiste en lo siguiente: mientras que la primera impide el curso de la prescripción y inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo de aquella, la suspensión de la prescripción paraliza ésta, no corre el tiempo para la misma, pero no inutiliza el ya transcurrido. De esta manera, desaparecida la causa de suspensión, el cómputo del tiempo para la prescripción continúa, mientras que en la interrupción comienza de nuevo. La suspensión se condiciona al cumplimiento de tres requisitos: que la *notitia criminis* se formalice mediante denuncia o querrela; que la determinación del sujeto imputado sea concreta y, por último, que se presente ante un órgano judicial, sea competente o no para el esclarecimiento de los hechos.⁷⁸

La convivencia de suspensión e interrupción de la prescripción del delito prevista por la reforma no es en absoluto extraña en los ordenamientos jurídicos de nuestro contexto de cultura. Sin embargo, en el caso de la LO 5/2010 parece evidente que la finalidad de tal convivencia no es otra que tratar de solucionarlo en palabras del E. de M. del Anteproyecto 2009: «disparidad de los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en recientes pronunciamientos», con la pretensión última de «aumentar la seguridad jurídica».⁷⁹ Que la reforma persiga resolver dicha controversia jurisprudencial, al tiempo que restablecer la seguridad jurídica en el ámbito de la interrupción de la prescripción, no significa, sin embargo, que lo haya conseguido.⁸⁰

Es probable que la reforma persiga adoptar el criterio del Tribunal Constitucional y, al mismo tiempo, evitar una de las principales objeciones que contra el mismo se ha formulado: que la prescripción de los delitos se produzca por inactividad judicial, como consecuencia de que, después de presentada la denuncia o querrela, el juez de instrucción se demore indebidamente en dictar el acto de admisión a trámite de la misma y la correspondiente incoación de diligencias previas.⁸¹ A pesar de lo loable de este propósito, lo cierto es que, salvo supuestos excepcionales, la práctica forense cotidiana demuestra que, afortunadamente, los jueces de Instrucción incurren en dilaciones indebidas tan graves en la admisión a trámite de denuncias y querellas. Además, si lo que pretende la LO 5/2010 es contribuir al correcto funcionamiento de la Administración de justicia, puede concluirse razonablemente que lo que acabaría consiguiendo la reforma en caso de prosperar sería, precisamente, lo contrario. Ciertamente, si uno de los objetivos perseguidos por la reforma es que los juzgados de instrucción resuelvan la admisión o inadmisión a trámite de las denuncias y querellas sin incurrir en dilaciones indebidas, la consa-

78. Lo recuerda el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, p. 74.

79. Insiste en la cuestión el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, pp. 75 s. En la misma dirección CONSEJO DE ESTADO, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p.130.

80. GÓMEZ MARTÍN, *El Economista*, 29-12-08; EL MISMO AUTOR, «La prescripción del delito: ¿Es posible cuadrar el círculo?», *Legal Today*, 4-1-2010 (<http://www.legaltoday.com/opinion/blogs/blog-gf/la-prescripcin-del-delito-es-posible-cuadrar-el-crculo>).

81. GÓMEZ MARTÍN, *El Economista*, 29-12-08; EL MISMO AUTOR, *Legal Today*, 4-2-10 (<http://www.legaltoday.com/opinion/blogs/blog-gf/la-prescripcin-del-delito-es-posible-cuadrar-el-crculo>).

gración del criterio de la suspensión de la prescripción con la presentación de la denuncia o querrela produciría en el juez de instrucción el pernicioso efecto de liberarlo del deber resolver con celeridad sobre la admisión a trámite de la denuncia o querrela, a fin de evitar la prescripción del delito. Desde el punto de vista del correcto funcionamiento de la administración de justicia y el principio de celeridad procesal, la reforma será, por tanto, contraproducente.⁸²

Según la reforma, en caso de que la denuncia o querrela no sean admitidas a trámite, el cómputo del plazo de prescripción no comienza a computarse nuevamente desde el principio, sino que continúa desde el día de la presentación de la denuncia o querrela. La presentación de la denuncia o querrela, por tanto, no interrumpe el plazo de prescripción, sino que se limita a suspenderlo. Con ello, la reforma trata de encontrar el punto de equilibrio entre el criterio del Tribunal Constitucional y el del Tribunal Supremo. Sin embargo, tal medida tendrá escasa relevancia práctica, porque los casos en los que una denuncia o querrela no se admite a trámite no son, en absoluto, la regla, sino la excepción. Además, el legislador reformista dispone que el plazo suspendido vuelva a ser computado «una vez que el órgano judicial correspondiente no la admitiera a trámite». ¿Cómo deberán resolverse, entonces, los nada infrecuentes supuestos en los que el juez de instrucción, en lugar de inadmitir a trámite la denuncia o querrela, la admita, aunque acordando, de forma simultánea y en el mismo auto, el sobreseimiento provisional de las actuaciones?⁸³

El tenor del nuevo art. 132.2 CP prosigue indicando que «si dentro de este plazo (scil. seis meses para los delitos y dos para las faltas) se dicta contra el querrelado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, con carácter general, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia». Como correctamente indicó el Consejo de Estado en su informe, esta redacción es incompleta, porque es obvio que si se dicta una resolución «contra cualquier persona implicada en los hechos», la aplicación retroactiva de la interrupción de la prescripción sólo se producirá respecto de esta misma persona, pero no respecto del querrelado o denunciado.⁸⁴

11. NUEVO ÁMBITO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA PENA (ART. 133.2 CP)

El nuevo art. 133.2 CP declara la imprescriptibilidad de las penas impuestas por delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Como consecuencia de la LO 5/2010, y en correspondencia con lo previsto por la imprescriptibilidad de determi-

82. GÓMEZ MARTÍN, *El Economista*, 29-12-08; EL MISMO AUTOR, *Legal Today*, 4-2-10.

83. GÓMEZ MARTÍN, *El Economista*, 29-12-08; EL MISMO AUTOR, *Legal Today*, 4-2-10.

84. CONSEJO DE ESTADO, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p.134.

nados delitos en el art. 131.4 CP, la regla de la imprescriptibilidad de la pena se amplía a las impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieran causado la muerte de una persona. Igualmente, se excluye del régimen a la pena prevista para el delito recogido en el art. 614 CP.

12. CONCLUSIONES

La LO 5/2010 establece, por primera vez en nuestra historia legislativa, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Queda derogado por el Derecho español, de este modo, el principio *Societas delinquere non potest*. También el art. 31.2 CP, introducido por la LO 15/2003.

El nuevo modelo constituye la traslación al ordenamiento jurídico español de la denominada Third Party Strategy (implicación político-criminal de la empresa en la evitación de la comisión de conductas delictivas que puedan favorecerle), presente en numerosos instrumentos jurídicos internacionales (convenios, decisiones marco, etc.) en relación con determinados ámbitos.

Desde un punto de vista político-criminal, la decisión adoptada por la LO 5/2010 es altamente problemática. Por un lado, un importante sector de la doctrina considera que el castigo penal de las personas jurídicas se opone, como mínimo, a dos principios fundamentales del Derecho penal de un Estado democrático: el principio de culpabilidad y una de sus más destacadas manifestaciones, el principio de personalidad de las penas. En cuanto al primer principio, afirma, con razón, que nadie diferente a una persona física puede ser sujeto adecuado del juicio de reproche ético-social que representa la pena. Por lo que se refiere al segundo, no es posible aplicar una pena privativa de libertad o privativa de otros derechos a una clase de sujetos —como las personas jurídicas— respecto de la que la pena resultará, por definición, sencillamente inejecutable.

La LO 5/2010 incorpora el CP la atenuante de dilaciones indebidas. La nueva atenuante se encuentra en el art. 21.6 CP, pasando la analógica en el nº 7 del precepto. Con el nuevo precepto, el legislador cierra el paso a otras posibles vías de reparación de la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas propuestas hasta ahora por doctrina y jurisprudencia.

La LO 5/2010 ha eliminado el carácter automático de la aplicación del periodo de seguridad. Esta modificación merece una valoración esencialmente positiva.

A diferencia de lo que sucedía antes de la reforma, después de la LO 5/2010 es posible acordar la sustitución por expulsión de cualquier pena privativa de libertad (art. 89.5 CP). Sin embargo, con la reforma la expulsión ya no resulta aplicable de forma automática, sino facultativa. Como consecuencia de la reforma, ahora es necesaria la celebración de una audiencia previa en la que debe comprobarse si el penado tiene arraigo en España.

Especial relevancia tiene, a este respecto, la incorporación al Código Penal de una nueva medida de seguridad no privativa de libertad: la libertad vigilada (art. 96.3 CP). La nueva medida, presente en otros ordenamientos de Derecho comparado (Alemania, Italia, EEUU) y largamente reclamada por un sector doctrinal, nace con la

vocación de constituir una medida de seguridad aplicable no sólo a inimputables o semiimputables, sino también a imputables peligrosos de criminalidad grave con posterioridad al cumplimiento de una pena privativa de libertad. Tras la reforma, la libertad vigilada convierte en la única medida de seguridad aplicable tanto a imputables como a inimputables y semiimputables. En el caso de los primeros, la libertad vigilada podrá durar hasta diez años, en el de los segundos hasta cinco.

Por último, en cuanto a la prescripción del delito, la novedad fundamental es la modificación del régimen de interrupción de la prescripción (art. 132.2 CP). La convivencia de suspensión e interrupción de la prescripción del delito prevista por la reforma no es en absoluto extraña en los ordenamientos jurídicos de nuestro contexto de cultura. En el caso de la LO 5/2010 parece evidente que la finalidad de tal convivencia no es otra que tratar de solucionarlo en palabras del E. de M. del Anteproyecto 2009: «disparidad de los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en recientes pronunciamientos», con la pretensión última de «aumentar la seguridad jurídica». Que la reforma persiga resolver dicha controversia jurisprudencial, al tiempo que restablecer la seguridad jurídica en el ámbito de la interrupción de la prescripción no significa, sin embargo, que lo haya conseguido.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ALCÁCER GUIRAO, «Dilaciones indebidas», en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 28/7000 ss.
- ÁLVAREZ GARCÍA, «La atenuante de dilaciones indebidas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 29 ss.
- BACH FABREGÓ / GIMENO JUBERO, «Clases y contenido de penas y ejecución de las penas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 87 ss.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, «Comiso», en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 33/7910 ss.
- CUGAT MAURI, «La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 99 ss.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad de personas jurídicas», en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/100 ss.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en QUINTERO OLIVARES / CARBONELL MATEU / MORALES PRATS / GARCÍA RIVAS / ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *Esquemas de Teoría Jurídica del delito y de la pena*, 3ª ed., 2010, pp. 285 ss.
- FUENTES OSORIO, «Período de seguridad», en ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 35/9010 ss.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, «La reforma del régimen prescriptivo de los delitos y de las penas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 121 ss.

- MORALES PRATS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 45 ss.
- NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008.
- PORTILLA CONTRERAS, «Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 37 ss.
- TORRES ROSELL, «La pena de localización permanente y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 92 ss.
- URRUELA MORA, «Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada», en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 30/7325 ss.
- VELÁZQUEZ VIOQUE, «Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España», en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 32/7800.