

**DISCORDANCIAS Y ERRORES INTRODUCIDOS EN EL CÓDIGO PENAL POR LA SIMBÓLICA REFORMA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2003 QUE, ANTES DE SU ENTRADA EN VIGOR, DEBEN SER ERRADICADOS DEL TEXTO PUNITIVO.**

**MIGUEL ABEL SOUTO**

*Área de Derecho Penal*

*Universidad de Santiago de Compostela*

Sumario: I. *Annus horribilis*. II. Responsabilidad pecuniaria de las personas jurídicas. III. Clasificación de las penas. IV. La prisión. V. Los trabajos en beneficio de la comunidad. VI. El arresto de fin de semana y la localización permanente. VII. Las penas accesorias. VIII. Las inhabilitaciones especiales. IX. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas. X. La privación del derecho a conducir. XI. Otras privaciones de derechos. XII. La pena de multa. XIII. La responsabilidad personal subsidiaria. XIV. Trastorno mental posterior a la sentencia e imposición de medidas. XV. Reglas para la aplicación de las penas. XVI. La suspensión. XVII. La sustitución. XVIII. Las medidas de seguridad. XIX. Otros errores de la Parte general. XX. Algunas discordancias de la Parte especial. XXI. Una reforma inidónea para navegar entre la Caribdis del clasicismo y la Escila de la expansión.

**I. *Annus horribilis*.**

Hasta ahora no había conocido nuestro Código penal cotas tan altas de deficiencia en la técnica de tipificación como las alcanzadas por la Ley orgánica 15/2003, en tal medida que no sería exagerado hablar de una ausencia absoluta del mínimo cuidado a la hora de redac-

tar esta reforma, dejadez que genera abundantes discordancias y errores, los cuales pasaremos a indicar por si un legislador más cuidadoso considerase su corrección.

Desgraciadamente, la modificación de noviembre de 2003 no constituye un hecho aislado, sino que otras reformas de igual talante le preceden en ese mismo año, el cual concluyó con la Ley orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, la gota que colma el vaso de despropósitos penales. Toda esta parafernalia legislativa contradice las reglas, principios y valores del Derecho penal<sup>1</sup>, vulnera tanto las libertades como los derechos fundamentales del individuo<sup>2</sup>, muestra un desprecio hacia las garantías materiales y formales del *ius puniendi*<sup>3</sup>, "que durante los últimos siglos han representado precisamente su quinta esencia"<sup>4</sup>, entraña un excepcional Ordenamiento punitivo más autoritario de lo normal que amenaza con generalizarse provocando una "fascistización" de las masas<sup>5</sup>, resulta incompatible con el "carácter de recurso extremo que ha de tener el Código"<sup>6</sup> y supone además un retroceso, "de casi trescientos años, a un Derecho penal anterior a *Cesare Beccaria*"<sup>7</sup>.

Si el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal sólo permite acudir a él ante los ataques más intolerables contra la convivencia, cuando resulten insuficientes las otras vías de control social<sup>8</sup>, el recurso permanente a la legislación punitiva con el único fin de tranquilizar a la opinión pública debe ser tachado de simbólico<sup>9</sup> o "escaparatístico"<sup>10</sup>. Asimismo, en tanto que durante el pasado año nuestro Código ha sufrido un total de cuatro reformas en menos de seis meses, cada una más sorprendente que la anterior, el 2003 podrá recordarse como el *annus horribilis* de la Ciencia penal española.

<sup>1</sup> Cfr. Manifiesto de profesores de Derecho penal contra las últimas reformas del Código penal, en <http://manifiestodepenalistas.uclm.es>, p. 1.

<sup>2</sup> Cfr. MIR PUIG, S./CORCOY, M., La política criminal en Europa, Atelier, Barcelona, 2004, p. 22.

<sup>3</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Civitas, Madrid, 1999, p. 55.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., "EL nuevo Derecho penal autoritario", en LOSANO, M.G./MUÑOZ CONDE, F. (coords.), El Derecho ante la globalización y el terrorismo. *Cedant arma togae*. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 161 y 162.

<sup>6</sup> QUINTERO OLIVARES, G., Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles, Civitas, Madrid, 2004, p. 15.

<sup>7</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., Código penal, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 18.

<sup>8</sup> Cfr. PERIS RIERA, J.M., El proceso despenalizador, Universidad de Valencia, Colección de estudios del Instituto de Criminología y del Departamento de Derecho penal, Valencia, 1983, p. 47.

<sup>9</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del "Big Crunch" y la selección de bienes jurídico-penales", en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, pp. 94 y 96.

<sup>10</sup> Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal", *Revista Xurídica Galega*, nº 38, 1 er trimestre 2003, pp. 20 y 21.

En efecto, el año 2003 debe tildarse de especialmente "nefasto por la reiteración de las reformas"<sup>11</sup> que han convulsionado nuestro Sistema penal<sup>12</sup>, con una "aceleración del *tempo* legiferante"<sup>13</sup>, democráticamente deficitaria<sup>14</sup>, al suprimirse el debate parlamentario y hasta gubernativo para recolectar réditos políticos<sup>15</sup> y un uso demagógico propagandístico de la vía penal para distraer a la ciudadanía de problemas como el *Prestige* o la guerra de Irak<sup>16</sup>. Tamaña acumulación de modificaciones afecta a más de un tercio del Texto punitivo<sup>17</sup>, el cual padece como "víctima de la fiebre reformadora"<sup>18</sup> que en los últimos tiempos se propaga y nos acomete. De manera que, con argamasa de "tolerancia cero"<sup>19</sup>, se va construyendo, a marchas forzadas, el muro del Derecho penal "de la seguridad"<sup>20</sup>, amontonando los frágiles ladrillos de preceptos simbólicos, que sólo pretenden aplacar reacciones sociales emotivas mediante normas de eficacia limitada al ámbito publicitario<sup>21</sup>. Así, en el marco de una política criminal oportunista que pretende superar el modelo penal del garantismo mediante una nueva forma de control social<sup>22</sup>, se introducen adelantamientos en la protección de bienes jurídicos, agravaciones penológicas, nuevas tipicidades y se amplían las preexistentes<sup>23</sup>. En suma: la expansión del Derecho penal relega al ámbito de la "fantasía"<sup>24</sup> las políticas criminales despenalizadoras.

Con todo, más sorprendente que esta "vertiginosa producción normativa"<sup>25</sup> -la cual, amén de vulnerar el principio de seguridad jurídica, afecta, con su ligereza, a la calidad y

<sup>11</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma de las medidas de seguridad", *La Ley*, nº 5985, 29 de marzo de 2004, p. 1.

<sup>12</sup> Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., "La reforma del Código penal y sus implicaciones penológicas", *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 1, enero de 2004, p. 30.

<sup>13</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03 (2004), en <http://criminolnet.ugr.es/recpc>, p. 11.

<sup>14</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 20.

<sup>15</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 11.

<sup>16</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, pp. 92-95.

<sup>17</sup> Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004, p. VI.

<sup>18</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma de las medidas...", *cit.*, p. 1.

<sup>19</sup> Expresión acuñada por el criminólogo William BRATTON (cfr. MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 177).

<sup>20</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma de la prisión provisional", *La Ley*, nº 5926, 5 de enero de 2004, p. 1.

<sup>21</sup> Cfr. MESTRE DELGADO, E., "La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en Derecho penal", *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 1, enero de 2004, p. 14.

<sup>22</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, pp. 1-3.

<sup>23</sup> Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., "El Derecho penal de la seguridad", *La Ley*, nº 5868, 10 de octubre de 2003, p. 3.

<sup>24</sup> BARONA VILAR, S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 122.

<sup>25</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p. 31.

corrección técnica del Texto punitivo<sup>26</sup> - resulta la inconsciencia de un prelegislador que se vanagloria del "magnífico trabajo"<sup>27</sup> de una comisión técnica y, jactanciosamente, deja esculpido en el frontispicio de la reforma, para vergüenza de futuras generaciones, los adjetivos "sistemática y coherente"<sup>28</sup> como atributos de la revisión parcial. Razonablemente se esperó que el trámite parlamentario puliese los defectos<sup>29</sup>, pues antes de cualquier aprobación debe contrastarse el encaje de lo modificado con el resto del Código penal<sup>30</sup>. Mas inútil fue depositar tal confianza en unas Cortes que acabaron consagrando en el B.O.E. un "fruto de la improvisación"<sup>31</sup> y la "técnica legislativa rigurosamente impresentable"<sup>32</sup>.

Así las cosas, tratemos de llevar a cabo una crítica constructiva, dentro de nuestras limitadas capacidades, con el fin de aportar algo a la limpieza de la Ley orgánica 15/2003 antes de su entrada en vigor.

## II. Responsabilidad pecuniaria de las personas jurídicas.

En primer lugar, la mencionada reforma incorpora un apartado segundo al artículo 31 del Código penal, que declara a las personas jurídicas responsables directas y solidarias del pago de multas impuestas a sus administradores o representantes cuando, en los casos del artículo 31.1, sean condenados por delitos especiales, lo cual supone una negación del carácter personal de la pena<sup>33</sup>, pues el pago de la multa puede realizarlo una persona distinta de la que delinquiró<sup>34</sup>. Asimismo, los redactores de la Exposición de motivos desconocen el alcance del apartado añadido, ya que sobre él afirman que "aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas"<sup>35</sup> y, realmente, sólo recoge una responsabilidad pecuniaria de na-

---

<sup>26</sup> Vid. MESTRE DELGADO, E., "Nuevos tiempos", *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 1, enero de 2004, pp. 5 y 6; DEL MISMO AUTOR, "La reforma permanente...", *cit.*, pp. 9, 13, 14 y 16; TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>27</sup> GARCÍA BEATO, M.J., "Una contribución a la convivencia democrática", *Abogados del Estado, Revista de la Asociación*, nº 0, abril de 2003, p. 20.

<sup>28</sup> Exposición de motivos a la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (B.O.E. nº 283, de 26 de noviembre), I, §5.

<sup>29</sup> Cfr. PUERTA LUIS, L.-R., "La reforma del Código penal", *Abogados del Estado, Revista de la Asociación*, nº 0, abril de 2003, p. 19.

<sup>30</sup> Cfr. MESTRE DELGADO, E., "La reforma permanente...", *cit.*, p. 10.

<sup>31</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma de las medidas...", *cit.*, p. 1.

<sup>32</sup> *Ibidem.*

<sup>33</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., actualizada y adaptada a las Leyes orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre y 15/2003, de 25 de noviembre, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 168 y 169.

<sup>34</sup> Cfr. ALASTUEY DOBÓN, M.C., en GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 568.

<sup>35</sup> Exposición de motivos de la Ley orgánica 15/2003, II, letra l).

turaliza civil, como evidencia su origen en la *responsabilité pénale du fait d'autrui*, institución francesa que, pese a su denominación, la doctrina gala sostiene que no se trata de una responsabilidad penal por el hecho ajeno, sino de una obligación civil de aseguramiento o garantía de ejecución de la pena impuesta al autor de la infracción que recae sobre la persona jurídica<sup>36</sup>. Nos hallamos ante una "tercera vía"<sup>37</sup> o "modo de garantizar el cobro de la multa, pero no una extensión de la responsabilidad penal a la persona jurídica"<sup>38</sup>. Finalmente, también se ha dicho que hubiera sido preferible que semejante responsabilidad fuese subsidiaria, y no principal y solidaria, para evitar el doble efecto negativo que conllevará la exigencia directa y en primer lugar a la persona jurídica solvente<sup>39</sup>; a saber: la impunidad práctica del autor material y el reparto de la carga económica entre los inocentes miembros de la persona jurídica<sup>40</sup>.

### III. Clasificación de las penas.

En segundo término, el Código clasifica las penas "en función de su naturaleza"<sup>41</sup>. Por tanto, la enumeración de las graves, menos graves y leves debe comenzar con las privativas de libertad, continuar por las privativas de derechos y concluir con la multa, cuando exista en el grupo respectivo. Este criterio es respetado generalmente por nuestro Texto punitivo. Sin embargo, la modificación de 25 de noviembre de 2003 crea la sanción de localización permanente y la introduce en el penúltimo lugar del catálogo de penas leves, con lo que la reforma desconoce la sistemática del Código, ya que la localización permanente constituye una pena privativa de libertad<sup>42</sup>; en consecuencia, debería ser la primera sanción citada en el artículo 33.4. Además, puestos a enmendar errores, un legislador cuidadoso, siguiendo el mismo criterio, debería haber antepuesto a la multa los trabajos en beneficio de la comunidad con carácter menos grave y leve.

Por otra parte, el artículo 33 pretende acoger un elenco general de penas o *numerus clausus* en el que se incluirían todas las que pueden imponerse. No obstante, la Ley orgánica 15/2003 utiliza consecuencias jurídicas *sui generis* no previstas en la Parte general del Código, v.gr., "la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social"<sup>43</sup>.

---

<sup>36</sup> Cfr. ALASTUEY DOBÓN, M.C., *op. cit.*, pp. 568 y 569.

<sup>37</sup> MIR PUIG, S., "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-01 (2004), en <http://criminnet.ugr.es/recpc>, p. 16.

<sup>38</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 78, nota 74.

<sup>39</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *op. cit.*, p. 192.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Art. 33.1 del Texto punitivo.

<sup>42</sup> Cfr. art. 35.

<sup>43</sup> Art. 302.2 b).

#### IV. La prisión.

Asimismo, la reforma de 25 de noviembre de 2003 considera pena grave la prisión superior a cinco años, cuando para el Código penal vigente el mencionado límite se sitúa en tres años<sup>44</sup>. Con dicho cambio, a tenor de la Exposición de motivos, "se consigue una regulación armonizada con la distribución de competencias entre el juzgado de lo penal y la audiencia provincial prevista en la Ley de enjuiciamiento criminal"<sup>45</sup>. Algún autor no alcanza a comprender tal afirmación, porque el artículo 14 de la Ley procesal penal distribuye las competencias atendiendo a la duración de las penas y no en función de su gravedad<sup>46</sup>, mas lo cierto es que, según el artículo 33 del Código penal, la gravedad de la pena de prisión depende de su duración. Por tanto, son "razones de índole procesal"<sup>47</sup>, "externas al Derecho penal"<sup>48</sup>, las que fundamentan la modificación, que pretende armonizar el Texto punitivo con la Ley de enjuiciamiento criminal<sup>49</sup>. Con todo, sorprende que la Exposición de motivos presente a la mayoría del partido popular en las Cámaras como artífice de la sintonía entre la legislación sustantiva y la adjetiva, habida cuenta de que la responsable de generar tal discordancia fue otra mayoría del mismo partido a través de la Ley 36/1998, de 10 de noviembre<sup>50</sup>, que modificó el artículo 14.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

Además, "sin haberse llegado nunca a ensayar seriamente las penas alternativas"<sup>51</sup>, la Ley orgánica 15/2003 "rebaja notable y discutiblemente"<sup>52</sup> el límite mínimo de la prisión de seis a tres meses<sup>53</sup>, "lamentable involución"<sup>54</sup> difícilmente inteligible en una reforma que se hace eco de los efectos negativos inherentes a las penas cortas privativas de libertad<sup>55</sup>, de manera que se frustra uno de los grandes logros del Texto punitivo vigente<sup>56</sup>: la eliminación del internamiento continuo por breves períodos<sup>57</sup>, reclusión más perjudicial

---

<sup>44</sup> Cfr. letra a) del art. 33.2.

<sup>45</sup> Exposición de motivos, II, letra b).

<sup>46</sup> Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p. 36.

<sup>47</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma del arsenal punitivo español", *La Ley*, nº 5912, 12 de diciembre de 2003, p. 2.

<sup>48</sup> BENEYTEZ MERINO, L., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *op. cit.*, p. 201.

<sup>49</sup> Cfr. GONZÁLEZ PASTOR, C.-P., "Principales novedades de la reforma del Código penal de 1995", *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 1, enero de 2004, p. 19.

<sup>50</sup> B.O.E. de 11 de noviembre de 1998.

<sup>51</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 16.

<sup>52</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma del arsenal punitivo...", *cit.*, p. 2.

<sup>53</sup> Cfr. letra a) del artículo 33.3.

<sup>54</sup> MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 193.

<sup>55</sup> Cfr. GONZÁLEZ PASTOR, C.-P., *op. cit.*, p. 23.

<sup>56</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., en GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 58.

<sup>57</sup> Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *op. cit.*, p. VI.

que beneficiosa debido al contagio criminógeno así como por la imposibilidad de tratamiento rehabilitador en tan corto plazo<sup>58</sup>. En síntesis, cuando en nuestro entorno jurídico muy pocos asuntos concitan tanto acuerdo como la inutilidad de las penas cortas de prisión, mueve a compasión la confianza del legislador en unas sanciones desacreditadas hace más de una centuria<sup>59</sup>.

Respecto a las penas largas privativas de libertad, en principio, no resultan afectadas por la reforma de 25 de noviembre de 2003, sino que de ellas se ocupa la Ley orgánica 7/2003<sup>60</sup>, que no es objeto de nuestro estudio, mas no nos resistimos a dejar constancia de la ampliación, hasta cuarenta años<sup>61</sup>, del límite máximo relativo a la pena de prisión<sup>62</sup>, así como del hecho de que se haya "endurecido notablemente"<sup>63</sup> el acceso al tercer grado y la libertad condicional<sup>64</sup>, con lo que prácticamente se introduce la pena de cadena perpetua<sup>65</sup> y se destruye parte esencial del sistema penológico de 1995<sup>66</sup>. De modo que se altera una de las líneas maestras de nuestro Código: la referente a evitar el deterioro de la personalidad que conllevan los largos internamientos. Con ello se pretenden alcanzar supuestos fines preventivo generales, vana esperanza en la medida en que la moderna prospectiva actuarial aplicada a los estudios criminológicos sigue reafirmando la antigua constatación de BECCARIA en torno a que previene más la delincuencia el castigo inmediato y su certeza o infalibilidad que la crueldad de las penas<sup>67</sup>. Además, la Ciencia penal estima que el cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad superiores a quince años puede deteriorar irreversiblemente la personalidad del recluso<sup>68</sup>. En definitiva, el legislador ignora el principio de humanidad al permitir sanciones destructivas de la personalidad<sup>69</sup> que infringen la proscripción constitucional<sup>70</sup> de penas inhumanas o degradantes<sup>71</sup>. A estos efectos con-

---

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma del arsenal punitivo...", *cit.*, pp. 3 y 4.

<sup>60</sup> *Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas* (B.O.E. de 1 de julio).

<sup>61</sup> "Cuando todavía no se ha verificado la eficacia del límite de treinta años, que introdujo el Código penal de 1995" (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 25).

<sup>62</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 69.

<sup>63</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "El Derecho penal de la seguridad", *cit.*, p. 5.

<sup>64</sup> *Vid.* art. 36.2, letras c) y d) del art. 76.1, arts. 78, 90, 91 y 93 del Código penal. En cuanto a la Ley orgánica general penitenciaria *vid.* apartados 5 y 6 del art. 72.

<sup>65</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 96.

<sup>66</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 15.

<sup>67</sup> Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *op. cit.*, pp. VI y VII.

<sup>68</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, M.C., en GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 287, con ulteriores referencias bibliográficas en nota 5.

<sup>69</sup> Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., "El Derecho penal de la seguridad", *cit.*, pp. 2 y 4.

<sup>70</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, pp. 67 y 68.

<sup>71</sup> *Vid.* art. 15 de la Constitución española.

vendría traer a colación el dato de que, según nos recuerdan JESCHECK y WEIGEND, la propuesta de elevar el límite máximo de la prisión a 20 años, que planteaba el Proyecto de 1962, fue descartada en Alemania por juzgarla "innecesaria y cuestionable desde el punto de vista de la resocialización"<sup>72</sup>.

### V. Los trabajos en beneficio de la comunidad.

Volviendo a las incoherencias de la reforma, que constituyen el centro de nuestro análisis, la Ley orgánica 15/2003 considera pena menos grave los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días a tenor de la letra k) del artículo 33.3; sin embargo, la duración máxima de esta sanción según el artículo 40.4 llega hasta un año, disonancia sorprendente porque la pena de trabajos jamás posee carácter grave; esto es: por mucha que sea la entidad de tal sanción no podrá pasar de pena menos grave. En consecuencia, la duración máxima de ambos preceptos debería coincidir. Dicha antinomia, no la resuelve el artículo 40.5, que sólo puede referirse, en relación con los trabajos, a los casos en que se exceda el año de duración por disponerlo excepcionalmente otros preceptos del Código<sup>73</sup>.

Igualmente, la potenciación operada por el legislador de los trabajos en beneficio de la comunidad, en plena crisis del mercado laboral, y su eventual instrumentalización para conseguir mano de obra barata<sup>74</sup> hacen que la reforma se reciba con muchas reservas<sup>75</sup>. De otro lado, ahora corresponde al juez de vigilancia penitenciaria controlar la ejecución de los trabajos<sup>76</sup>, de manera que se da "un cambio de timón"<sup>77</sup>, pues la Ley penitenciaria de 1979 concebía este órgano jurisdiccional como garante del cumplimiento de penas y medidas privativas de libertad, pero no a modo de juez de ejecución con competencia en toda suerte de sanciones; no obstante, la modificación de 25 de noviembre de 2003 le atribuye el control de una pena privativa de derechos<sup>78</sup>. Además, entre las causas que pueden provocar el incumplimiento de la pena figura que la conducta del condenado "fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro"<sup>79</sup>, fórmula residual atentatoria contra el principio de legalidad por su redacción "muy abierta e imprecisa"<sup>80</sup>. A conti-

---

<sup>72</sup> JESCHECK, H.-H./WEIGEND, TH., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5., vollständig Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humblot*, Berlin, 1996, p. 759, nota 9.

<sup>73</sup> Sobre tamaños excesos *vid.* BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, pp. 158 y 159, que llega a mentar como posible una extensión máxima absoluta de tres años y nueve meses de trabajos en beneficio de la comunidad, duración extremadamente aflictiva que frustraría los fines para los que se diseñó esta pena privativa de derechos.

<sup>74</sup> *Cfr.* LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma del arsenal punitivo...", *cit.*, p. 6.

<sup>75</sup> *Ibidem.*

<sup>76</sup> *Cfr.* condición primera del art. 49.

<sup>77</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p. 34.

<sup>78</sup> *Ibidem.*

<sup>79</sup> Letra d), condición sexta, art. 49.

<sup>80</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 162.

nuación se permite al juez, a la vista del informe de incidencias relevantes, acordar que la ejecución de la pena finalice en el mismo centro, en otro, o entender que se ha incumplido la pena<sup>81</sup>. A juicio de TÉLLEZ AGUILERA la competencia alcanza, en estos supuestos, a dar por cumplidos los trabajos<sup>82</sup>. De ser ello así se incurriría en un indulto judicial excesivo que, sin especificar razones, facultaría al juez de vigilancia penitenciaria para estimar ejecutadas jornadas laborales que no se han cumplido<sup>83</sup>. Finalmente, se alude a la deducción de testimonio por delito de quebrantamiento de condena, según el artículo 468, en caso de incumplimiento<sup>84</sup>, indicación que sólo tiene sentido cuando los trabajos funcionan como pena originaria<sup>85</sup>; por tanto, el legislador se olvida de una referencia al incumplimiento de las prestaciones en beneficio de la comunidad cuando operen como pena sustitutiva de la prisión, el cual provoca el retorno a la privación de libertad inicialmente impuesta, descontando tantos días como jornadas se hayan trabajado<sup>86</sup>.

## VI. El arresto de fin de semana y la localización permanente.

En punto al arresto de fin de semana, la Exposición de motivos de la Ley orgánica 15/2003 dice que "se suprime"<sup>87</sup> debido a que su "aplicación práctica no ha sido satisfactoria"<sup>88</sup>. Lo cierto es que en ningún momento se intentó habilitar una ejecución correcta<sup>89</sup>: a la falta de medios materiales y personales<sup>90</sup> hubo que sumar una práctica judicial que, saltando por encima del sentido literal posible de la Ley, autorizaba cumplimientos ininterrumpidos fuera de los casos en que se incurriese en dos ausencias injustificadas<sup>91</sup>. Además, el legislador comete aquí otro desliz, pues, si pretendía eliminar del Derecho penal de

---

<sup>81</sup> *Cfr.* art. 49, condición sexta, párrafo segundo.

<sup>82</sup> *Cfr.* TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p. 35.

<sup>83</sup> *Ibidem.*

<sup>84</sup> *Cfr.* art. 49, condición sexta, párrafo tercero.

<sup>85</sup> *Cfr.* BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 163.

<sup>86</sup> *Cfr.* TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p. 35.

<sup>87</sup> Exposición de motivos, II, letra c).

<sup>88</sup> *Ibidem.* Así también *cfr.* GONZÁLEZ PASTOR, C.-P., *op. cit.*, p. 19; SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *op. cit.*, pp. 206 y 209. Al respecto, el ministro de Justicia adujo que no se había podido ejecutar más de 40.000 arrestos, lo que justificaba la desaparición. En la medida en que la responsabilidad por la inexistencia de medios correspondía a su ministerio, tales datos, en verdad, clamaban por su cese o dimisión (*cfr.* GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 20).

<sup>89</sup> *Cfr.* LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma del arsenal punitivo...", *cit.*, p. 3.

<sup>90</sup> *Cfr.* QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 64.

<sup>91</sup> *Vid.*, críticamente, LORENZO SALGADO, J.M., "El arresto de fin de semana como pena privativa de libertad de cumplimiento discontinuo", en CERESO MIR, J./SUÁREZ MONTES, R.F./BERISTAIN IPIÑA, A./ROMEO CASABONA, C.M. (eds.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 593-614.

adultos el arresto de fin de semana, se ha olvidado de modificar tanto la letra e) como la i) de la disposición transitoria undécima, con lo que subsiste la sustitución de los arrestos mayores y menores contemplados en la legislación penal especial y procesal por arrestos de fin de semana<sup>92</sup>.

Íntimamente vinculada a la supuesta erradicación del arresto de fin de semana se halla la creación de la localización permanente, pena que constituye, en palabras de la Exposición de motivos, "una importante novedad"<sup>93</sup>. Verdaderamente, tal sanción resucita un añejo arresto domiciliario descartado hace tiempo en el marco del Derecho comparado<sup>94</sup>. Mayor asombro todavía causa que la Exposición de motivos presente semejante pena como fundamentada "en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología"<sup>95</sup>, refiriéndose claramente a la vigilancia electrónica, y, sin embargo, dicha modalidad de control no se incluye, específicamente para el seguimiento de la localización permanente, en el articulado del Código<sup>96</sup>.

Mas no acaban aquí las incoherencias de la rebautizada pena, ya que su denominación resulta confusa, pues los términos "localización permanente" sugieren una restricción de la libertad ambulatoria, cuando, en realidad, la sanción obliga a permanecer en un determinado lugar<sup>97</sup>, de conformidad con su naturaleza de pena privativa de libertad<sup>98</sup>. También se olvida el legislador de fijar la extensión mínima de la localización permanente, que debería ser de un día, aunque ninguna falta se sanciona con menos de dos días de localización<sup>99</sup>. Tampoco se concreta, salvo la referencia al domicilio del penado, el lugar de ejecución, sino que se deja en manos del juez<sup>100</sup> ¿Cabrá su cumplimiento en centros policiales, ya descartados para la ejecución de los arrestos por inadecuados y carentes de las infraestructuras necesarias<sup>101</sup>, en depósitos municipales, lugar de ejecución al que se habían opuesto los alcaldes respecto al arresto de fin de semana, prisiones, excluibles por el contagio crimínogeno, o centros de inserción social? Estos últimos parecerían los más idóneos si se hubie-

---

<sup>92</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 71, nota 51.

<sup>93</sup> Exposición de motivos a la Ley orgánica 15/2003, II, letra d).

<sup>94</sup> Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma del arsenal punitivo...", *cit.*, pp. 2 y 4.

<sup>95</sup> Exposición de motivos, II, letra d).

<sup>96</sup> Cfr. VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., "La comisión técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003", *La Ley*, nº 6010, 4 de mayo de 2004, p. 9, nota 5.

<sup>97</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, pp. 72, 73 y nota 58.

<sup>98</sup> Cfr. art. 35 del Código penal.

<sup>99</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 76.

<sup>100</sup> Cfr. inciso final del art. 37.1.

<sup>101</sup> *Vid.* LORENZO SALGADO, J.M., "Penas privativas de libertad. Referencia especial al arresto de fin de semana", en POZA CISNEROS, M. (dir.), *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 53 y nota 77.

sen construido los que estaban proyectados. Con todo, la fórmula que cierra el artículo 37.1 adolece de una indeterminación absoluta. Por último, se ha dicho que el quebrantamiento de la localización "mejora sustancialmente"<sup>102</sup> en comparación con el de los arrestos. Sin embargo, la ausencia injustificada del domicilio se castiga con prisión de seis meses a un año, reacción jurídica desmesurada, habida cuenta de que la misma pena sanciona tanto el quebrantamiento de la prisión grave o menos grave como el incumplimiento de la pena leve de localización permanente<sup>103</sup>. Semejante régimen penológico contradice el principio de proporcionalidad -piénsese que la localización constituye una consecuencia prevista para las faltas- pero viene impuesto por el dogma legalista, que sólo permite distinguir la no entrada en el domicilio antes de comenzar el cumplimiento, sancionable con multa de 12 a 24 meses, y su abandono una vez iniciada la ejecución, que lamentablemente debe ser castigado con prisión<sup>104</sup>.

## VII. Las penas accesorias.

Otra de las novedades incorporadas por la Ley orgánica 15/2003 es la admisión, en el artículo 33.6, de excepciones a la regla de que las penas accesorias duran lo mismo que las principales, modificación que "rompe con un criterio tradicional en nuestro sistema"<sup>105</sup> y endurece notablemente el régimen jurídico de las penas accesorias<sup>106</sup>. En idéntico sentido el artículo 56.1 explicita ahora que la imposición de "alguna o algunas" -expresión, por cierto, de gramática "no muy acertada"<sup>107</sup> - de las penas accesorias que allí se indican lo será sin perjuicio de que a los terroristas se les castigue con inhabilitación absoluta por tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la prisión. Igualmente, se introduce un nuevo apartado segundo en el artículo 56 que alude a más excepciones sobre la mencionada regla tradicional. Por último, en noviembre de 2003 el artículo 57 de Texto punitivo acogió la propuesta de la comisión técnica relativa a que las prohibiciones del artí-

---

<sup>102</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p. 33.

<sup>103</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 78.

<sup>104</sup> El art. 468 del Código penal prevé un castigo distinto cuando el quebrantamiento lo realice alguien privado de libertad (prisión de seis meses a un año) o en situación de libertad (multa de 12 a 24 meses). El que no acude a su domicilio antes de iniciar el cumplimiento de la localización no se encubra *de facto* privado de libertad. De manera que cabe sancionarle sólo con multa.

<sup>105</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma del arsenal punitivo...", *cit.*, p. 2.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *op. cit.*, p. 241. Si a ello se le suma que ahora se suprime la tilde del demostrativo, con función pronominal, "éstos" así como que la separación en ordinales de las penas accesorias libera a la suspensión de empleo o cargo público y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo de la exigencia referente a que exista una conexión directa con el delito cometido, concretada en la sentencia, no se entiende que TÉLLEZ AGUILERA (*op. cit.*, p. 36) asevere que "en el art. 56 se produce una mejora en la redacción".

culo 48, cuando se condene a prisión, durarán entre uno y cinco o diez años más que la pena privativa de libertad, según se trate de delitos menos graves o graves. Con ello, y el cumplimiento simultáneo, se pretende proteger a la víctima durante los permisos penitenciarios, el tercer grado o la libertad condicional del agresor<sup>108</sup> e, incluso, después de cumplida la pena de prisión<sup>109</sup>. Sin embargo, tras los loables propósitos del legislador se esconde una elevadísima extensión de las penas accesorias<sup>110</sup> ampliación temporal extraordinaria que permitiría, v. gr., que el alejamiento de la víctima, cuando funcione como pena accesoria a la prisión, pueda alcanzar hasta cincuenta años<sup>111</sup>. Además, la Ley orgánica 14/1999, de 9 de junio, añadió una referencia al artículo 57 con la intención -se dijo- "de hacer extensivas estas sanciones a las faltas de maltrato familiar"<sup>112</sup>. De ser ello así, la elevación de tales faltas a delito, al trasladarse parte del contenido del artículo 617 al 153 por la reforma de 29 de septiembre de 2003, habría dejado sin fundamento lo dispuesto en el artículo 57.3, tras la numeración dada por la Ley orgánica 15/2003. Por otra parte, en caso de faltas, cuando sea posible la imposición de las prohibiciones contenidas en el artículo 48, su duración "no excederá de seis meses"<sup>113</sup>. De manera que, sorprendentemente, un legislador tan preocupado por las unidades penológicas de más y de menos, como el de noviembre de 2003, consiente que se sobrepase en un día el límite máximo previsto para estas penas, cuando actúan como leves, en las letras c), d) y e) del artículo 33.4<sup>114</sup>.

### VIII. Las inhabilitaciones especiales.

Asimismo, la reforma de 25 de noviembre de 2003 incluye en la letra b) del artículo 39, a modo de "cláusula de cierre"<sup>115</sup>, una referencia genérica a la inhabilitación especial para "otras actividades determinadas en este Código". Mas lo cierto es que semejante fórmula adolece de redundancia, pues al final del elenco de la letra b) ya existía la omnicompresiva alusión a la inhabilitación especial para "cualquier otro derecho", dicción que, por lo demás, atenta contra el principio de legalidad al suponer un cajón de sastre o sistema abierto de inhabilitaciones especiales. No lejos de este entendimiento se encuentra la interpretación que realiza BOLDOVA PASAMAR de los términos "actividad" y "derecho" como no contrapuestos sino empleados "de forma anfibológica"<sup>116</sup>. Si ambos sustantivos poseen doble sentido, evidentemente, sobra una de las cláusulas de cierre: la novedosa e innecesaria-

---

<sup>108</sup> Cfr. VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., *op. cit.*, p. 3.

<sup>109</sup> Cfr. Exposición de motivos, II, letra f).

<sup>110</sup> Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *op. cit.*, p. 243.

<sup>111</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, pp. 149 y 150.

<sup>112</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *op. cit.*, p. 242.

<sup>113</sup> Art. 57.3 del Texto punitivo.

<sup>114</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 148 y nota 75.

<sup>115</sup> COLMENERO MENÉNDEZ, M., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *op. cit.*, p. 212.

<sup>116</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 136.

riamente incorporada a medio camino de la letra b) del artículo 39. Mejor hubiera sido que la Ley orgánica 15/2003, en vez de derrochar esfuerzos inútiles, hubiese corregido el "defecto técnico"<sup>117</sup> relativo a la ausencia en la sede de una mención al acogimiento, privación de derechos que, pese a recogerse en los artículos 46, 153, 173, 221, 226<sup>118</sup> o 233<sup>119</sup>, no se contempla en el catálogo general de inhabilitaciones especiales del artículo 39 b).

### **IX. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.**

Igualmente, se produce una discordancia entre la Exposición de motivos a la reforma de noviembre de 2003, que dice ampliar de diez a quince años la duración máxima de la privación del derecho a la tenencia de armas<sup>120</sup>, y el texto articulado del Código que continúa fijando el máximo de esa pena en diez años<sup>121</sup>, disonancia que ni siquiera es posible reconducir a la congruencia acudiendo al número 5º del artículo 70.3, pues allí la pena superior en grado puede alcanzar los veinte años. Tamaña contradicción tiene su razón de ser en la desidia de un legislador que, habiendo desechado la propuesta de la comisión técnica relativa a elevar la duración máxima de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas hasta quince años<sup>122</sup>, se olvida de suprimir en la "precocinada" Exposición de motivos la referencia que se hacía a tal cambio.

### **X. La privación del derecho a conducir.**

También afirma la Exposición de motivos que se introduce "la aclaración de la pena de privación del permiso de conducir vehículos a motor de modo que se especifica que el condenado no podrá conducir ni vehículos ni ciclomotores cuando se le imponga dicha pena"<sup>123</sup>. El mentado aserto ha sido calificado de "error"<sup>124</sup> de la reforma en la medida en que carece de "reflejo alguno en su articulado"<sup>125</sup>. No obstante, a nuestro juicio, en este extremo no yerra la Ley orgánica 15/2003, aunque tanto la inalteración del artículo 47 como el silencio de los otros preceptos incardinados en la Parte general del Texto punitivo que aluden a la citada pena<sup>126</sup> pudieran inducir a pensar lo contrario. Sin embargo, las palabras

<sup>117</sup> REY HUIDOBRO, L.F., "La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento", *La Ley*, nº 6007, 29 de abril de 2004, p. 2.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> Cfr. COLMENERO MENÉNDEZ, M., *op. cit.*, p. 219.

<sup>120</sup> Cfr. Exposición de motivos, II, letra g), inciso inicial.

<sup>121</sup> Cfr. artículo 40.2 *in fine*.

<sup>122</sup> Cfr. VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., *op. cit.*, p. 3.

<sup>123</sup> Exposición de motivos, II, letra g) *in fine*.

<sup>124</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 142, nota 61.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

<sup>126</sup> *Vid.* arts. 33, 39, 40, 70, 96 y 105 del Código penal.

de la Exposición de motivos sí se reflejan en los artículos 379 y 621.4, de los que se suprime el adverbio "respectivamente" para despejar las dudas relativas a que la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores constituía una sola pena que afectaba, cumulativamente, a ambos derechos, incertidumbre que había motivado la consulta 4/1998, de 14 de julio, de la Fiscalía General del Estado, y la propuesta del Consejo General del Poder Judicial, en su informe de 12 de julio de 1999, de reforma legislativa<sup>127</sup>. Con todo, resulta criticable el texto reproducido de la Exposición de motivos, ya que utiliza el sustantivo "aclaración", emplea el verbo "especificar" y denomina a la sanción "privación del *permiso*", cuando, por una parte, pésima aclaración es la operada por la simple supresión de un adverbio, de otro lado, la especificación que nada explica, declara o determina no tiene cabida en el diccionario académico y, finalmente, la pena debe designarse como "privación del *derecho* a conducir vehículos a motor y ciclomotores", pues una cosa es privar del "derecho" y otra muy distinta desposeer del título que lo instrumenta<sup>128</sup>.

Además, con acierto se ha señalado que el artículo 47 ya establecía claramente que se inhabilitaba para el ejercicio de "ambos" derechos<sup>129</sup> y que al límite mínimo de tales penas, relativo a un año, que figura en los artículos 142.2 y 152.2, debería habersele añadido un día para impedir que delitos menos graves se castiguen con una pena leve, omisión excusable, porque no se trata de una pena principal única<sup>130</sup>, pero incoherente con la obsesión legislativa de noviembre de 2003 respecto a las unidades penológicas de más.

## XI. Otras privaciones de derechos.

El artículo 40.3 amplía a diez años el límite máximo de la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos y suprime la duración mínima de esta pena<sup>131</sup>, eliminación que no parece un olvido, dada la redacción del artículo 33.4 c) del Texto punitivo, sino que apunta a una pretendida aplicación excesiva de esta pena en el ámbito de las faltas.

Seguidamente, la Ley orgánica 15/2003 incluye en el artículo 42 una referencia explícita a que la privación definitiva para empleo o cargo público procederá "aunque sea electivo", precisión que no figuraba en sede de inhabilitación especial<sup>132</sup>, pero sí en materia de inhabilitación absoluta<sup>133</sup>. De manera que se perseguía la concordancia entre los artículos

---

<sup>127</sup> Cfr. VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., *op. cit.*, p. 3.

<sup>128</sup> Vid. ABEL SOUTO, M., "Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil. Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor", *Actualidad Penal*, nº 6, 2002, p. 149.

<sup>129</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 142.

<sup>130</sup> *Ibidem*.

<sup>131</sup> Cfr. COLMENERO MENÉNDEZ, M., *op. cit.*, p. 213.

<sup>132</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 126.

<sup>133</sup> Cfr. COLMENERO MENÉNDEZ, M., *op. cit.*, p. 215.

41 y 42 del Texto punitivo<sup>134</sup>. No obstante, tal cambio, amén de no modificar el ámbito de aplicación de la inhabilitación especial, que ya alcanzaba los cargos electivos<sup>135</sup>, era innecesario, porque en esta inhabilitación, a diferencia de la absoluta, se obliga a que el juez especifique en la sentencia los empleos, cargos y honores de los que priva<sup>136</sup>.

Después, la reforma introduce un nuevo inciso en el artículo 46 para aclarar que no sólo se puede privar al penado de los derechos inherentes a la patria potestad y extinguir la tutela, curatela, guarda o acogimiento respecto a los menores víctimas del delito, sino que cabe extender esta privación o prohibiciones a los demás menores a cargo del penado<sup>137</sup>. Sin embargo, sorprendentemente, no se menciona a los mayores con la patria potestad prorrogada<sup>138</sup> que pueden hallarse en idénticas circunstancias que los menores<sup>139</sup>. En consecuencia, la desafortunada redacción del novedoso inciso final imposibilita la desposesión de los mentados derechos a los penados cuyos cargos recaigan sobre incapaces mayores de edad no víctimas del delito<sup>140</sup>.

Sobre el artículo 48 del Texto punitivo se ha reseñado, positivamente, que la modificación de noviembre de 2003 "mejora la redacción"<sup>141</sup> con "alguna corrección de estilo"<sup>142</sup>. Aun cuando resultase obligado el cambio de varias palabras, puesto que la denominación de la privación del derecho a residir en determinados lugares no se correspondía plenamente con su contenido al faltar una referencia a la privación de la libertad de residencia<sup>143</sup>, lo cierto es que la reforma empeora la redacción del precepto al incorporar redundancias - se dice que "la privación del derecho a residir en determinados lugares o *acudir* a ellos impide al penado *residir* o *acudir*..."<sup>144</sup>, formulación que contradice la lógica aristotélica, por cuanto que lo definido no debe entrar en la definición-, una coma tolerable<sup>145</sup>, un repetitivo posesivo<sup>146</sup>, dos innecesarios cambios de género<sup>147</sup> y un gerundio de falsa simultanei-

<sup>134</sup> Cfr. VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., *op. cit.*, p. 3.

<sup>135</sup> Cfr. BOLDOVA PAMASAR, M.A., *op. cit.*, p. 126.

<sup>136</sup> Cfr. art. 42 *in fine*.

<sup>137</sup> Cfr. COLMENERO MENÉNDEZ, M., *op. cit.*, p. 220.

<sup>138</sup> Cfr. REY HUIDOBRO, L.F., *op. cit.*, p. 3.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 133.

<sup>141</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p. 33.

<sup>142</sup> COLMENERO MENÉNDEZ, M., *op. cit.*, p. 223.

<sup>143</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 145.

<sup>144</sup> Art. 48.1 del Código penal. La cursiva es nuestra.

<sup>145</sup> "...acercarse a ellos, en cualquier lugar..."

<sup>146</sup> "...a su domicilio, a sus lugares de trabajo..."

<sup>147</sup> "...frecuentado por ellos..." (art. 48.2) y "...establecer con ellas" (art. 48.3).

dad<sup>148</sup>, ya que la víctima no siempre será familiar del agresor, que pone de manifiesto, una vez más, las discordancias entre la Exposición de motivos, que habla de una "posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos"<sup>149</sup>, y el texto articulado, cuyos "términos preceptivos"<sup>150</sup> aluden a una suspensión de carácter automático o necesario<sup>151</sup>. Este desaguisado morfosintáctico poco se compensa con la previsión de la vigilancia electrónica<sup>152</sup> y menos si se implanta con el mismo éxito que la contemplada en el reglamento penitenciario de 1996<sup>153</sup>, control que en la primavera del año 2000 sólo se había aplicado a doce internos en el Centro Victoria Kent, de Madrid, y a finales de 2002 en toda España no llegaban a 300 los portadores de las telepulseras<sup>154</sup>.

## XII. La pena de multa.

Respecto a la multa, la Ley orgánica 15/2003 eleva a diez días su extensión mínima, mantiene en dos años la duración máxima y suprime la referencia a que este tope no se aplicará cuando la multa funcione como pena sustitutiva<sup>155</sup>, eliminación incomprensible -porque en tal caso la multa puede alcanzar cuatro años<sup>156</sup> - máxime al incardinarse en una reforma tan preocupada por mencionar las excepciones a la duración de las penas<sup>157</sup>. También se revisa al alza, con incremento notable, el importe de la cuota diaria<sup>158</sup>, que se fija entre dos y cuatrocientos euros<sup>159</sup>. Asimismo, la comisión técnica recomendó, para la efectividad del aplazamiento, la fijación de un máximo y concretar el régimen del incumplimiento<sup>160</sup>, por ello se dispuso que la no satisfacción de dos plazos determinaría el vencimiento de los restantes y se recogió, *expressis verbis*, el pago diferido, hasta dos años, de una sola vez o fraccionadamente<sup>161</sup>. Mas la desafortunada redacción del nuevo artículo

---

<sup>148</sup> Al final del artículo 48.2 se añade: "quedando en suspenso, respecto a los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en la sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena", texto que comienza por un inadecuado gerundio y termina con un complemento circunstancial de tiempo situado fuera de lugar -que debería haberse ubicado al principio, después del término "suspenso"- e incorrectamente puntuado, pues entre "civil" y "hasta" falta una coma.

<sup>149</sup> Exposición de motivos, II, letra f) *in fine*.

<sup>150</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 146.

<sup>151</sup> Cfr. COLMENERO MENÉNDEZ, M., *op. cit.*, p. 223.

<sup>152</sup> *Vid.* art. 48.4.

<sup>153</sup> *Vid.* art. 86.4.

<sup>154</sup> Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma del arsenal punitivo...", *cit.*, p. 4.

<sup>155</sup> Cfr. art. 50.3.

<sup>156</sup> Cfr. art. 88.1, párrafo segundo.

<sup>157</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, M.C., *op.cit.*, p. 329, nota 106.

<sup>158</sup> Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma del arsenal punitivo...", *cit.*, p. 6.

<sup>159</sup> Cfr. art. 50.4.

<sup>160</sup> Cfr. VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., *op. cit.*, p. 4.

<sup>161</sup> Cfr. art. 50.6.

50.6 convierte en regla general el abono conjunto, único e inaplazable de la multa<sup>162</sup> y establece una regulación sobre el tiempo y forma de pago de las cuotas mucho más restrictiva que la anterior.

Por lo que atañe al artículo 51, el legislador de noviembre de 2003, seguramente, sólo pretendía actualizar la arcaizante y poco técnica mención a la "fortuna", que se sustituye por la expresión "situación económica", y favorecer el pago de la multa con una novedosa ampliación de los plazos cuando el penado viese minorado su patrimonio o ingresos después de la sentencia. Por desgracia, la reforma cambia de tal manera la formulación<sup>163</sup> que parece habilitar, en evidente relativización contra reo de la firmeza de las resoluciones judiciales, "una modificación al alza de la cuantía de las cuotas"<sup>164</sup> cuando tras la sentencia del multado mejore económicamente. Semejante interpretación supone "una inadmisibles modificación de la pena *in peius*"<sup>165</sup>. Tan insólito resulta dicho entendimiento que algún autor sostiene que el Código, en beneficio del reo, no contempla la mentada posibilidad<sup>166</sup>. A nuestro juicio, aunque quepa dentro del tenor literal posible, procede una interpretación restrictiva, como la ofrecida por GRACIA MARTÍN, que limita a los plazos del pago los efectos de mejoras económicas posteriores a la sentencia, de manera que se pueda revocar el aplazamiento de la multa cuando desaparezcan las causas excepcionales que lo justificaban<sup>167</sup>. Esta intelección se halla sistemáticamente reforzada por la incorporación de un nuevo apartado tercero al artículo 52 que, en sede de multa proporcional, sólo admite una interpretación pro reo: la reducción o aplazamiento de la sanción pecuniaria cuando empeore la situación económica del penado. Con todo, hubiese sido deseable un mayor paralelismo entre los artículos 51 y 52.3.

### **XIII. La responsabilidad personal subsidiaria.**

En cuanto a la responsabilidad personal subsidiaria, la Ley orgánica 15/2003 cambia la posible ejecución en régimen de arrestos de fin de semana por un eventual cumplimiento mediante localización permanente<sup>168</sup>, previsión que ha sido considerada un desacierto legislativo debido a que tal pena carece de fuerza intimidatoria<sup>169</sup>. En este sentido se dice que

---

<sup>162</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 190.

<sup>163</sup> Antes el presupuesto de la norma era que "el penado empeorare su fortuna" y la consecuencia consistía en la posibilidad de "reducir el importe de las cuotas". Sin embargo, ahora se va mucho más allá al afirmarse que si "variase la situación económica del penado" tras la sentencia cabría "modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago".

<sup>164</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma del arsenal punitivo...", *cit.*, p. 7.

<sup>165</sup> GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 191.

<sup>166</sup> Cfr. SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J., *op. cit.*, p. 230.

<sup>167</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 191.

<sup>168</sup> Cfr. art. 53.1, párrafo primero.

<sup>169</sup> Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p. 35.

nadie pagaría una multa millonaria si puede eludirla al quedarse en casa<sup>170</sup>. Semejante argumentación desconoce, primeramente, que no existe una opción entre el pago de la multa y la responsabilidad personal subsidiaria, sino que sólo procede tras agotar las posibilidades de cobro; en segundo término, ignora que no le corresponde al penado elegir el lugar de cumplimiento de la localización permanente y, por último, desatiende la literalidad del artículo 53, que únicamente admite la ejecución de la responsabilidad personal subsidiaria en régimen de localización permanente "tratándose de faltas". En consecuencia, a lo sumo podría pensarse en una multa de 60 días, pues la pena pecuniaria máxima prevista para las faltas es de dos meses<sup>171</sup>, multa que oscilaría de 120 a 24.000 euros<sup>172</sup> y que sólo hiperbólicamente puede adjetivarse de "millonaria".

Así las cosas, la duración de la localización permanente podrá alcanzar 30 días, ya que cada dos cuotas de multa impagadas equivalen a un día de privación de libertad<sup>173</sup> y aquí no entra en juego la limitación de 12 días establecida en el artículo 37.1, porque expresamente la excepciona el párrafo primero del artículo 53.1 en su inciso final. Sin embargo, sorprendentemente el legislador de noviembre de 2003 se olvida de fijar una salvedad similar para el caso de que la responsabilidad subsidiaria se cumpla en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad<sup>174</sup>.

A continuación se eleva, desproporcionadamente, a cinco años el límite a la imposición de la responsabilidad personal subsidiaria<sup>175</sup> y se mantiene una referencia, no muy precisa, a la "pena privativa de libertad"<sup>176</sup>, dado que dicha extensión temporal "sólo es predicable de la prisión"<sup>177</sup>.

Finalmente, la reforma de 25 de noviembre de 2003, con el cambio de la expresión "aunque el reo mejore de fortuna" por "aunque mejore la situación económica del penado"<sup>178</sup>, pretende actualizar la redacción del artículo 53.4, pero realmente debería haber prescindido de tal apartado, porque constituye una "obviedad"<sup>179</sup>, pues afirmar que "el cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la

---

<sup>170</sup> *Ibidem*.

<sup>171</sup> *Cfr.* art. 33.4 f).

<sup>172</sup> *Vid.* art. 50.4.

<sup>173</sup> *Cfr.* art. 53.1, párrafo primero.

<sup>174</sup> *Vid.* art. 53.1, párrafo segundo.

<sup>175</sup> *Cfr.* art. 53.3.

<sup>176</sup> *Ibidem*.

<sup>177</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p. 35.

<sup>178</sup> Art. 53.4 *in fine*.

<sup>179</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma del arsenal punitivo...", *cit.*, p. 7.

multa"<sup>180</sup> no es más que una "superflua"<sup>181</sup> "especificación de la causa del cumplimiento de la condena"<sup>182</sup>, causa ya prevista, con carácter general, en el número segundo del artículo 130.

#### **XIV. Trastorno mental posterior a la sentencia e imposición de medidas.**

Por lo que atañe a la nueva redacción del artículo 60.1, supone un reiterativo exceso de palabras, fácilmente simplificable con una referencia genérica a la posibilidad de imponer medidas de seguridad no más gravosas que la pena suspendida por apreciarse en el penado un trastorno mental grave y duradero tras la sentencia. Sin embargo, la Ley orgánica 15/2003 se empeña en duplicar la dicción del precepto con la alusión expresa a la suspensión de las penas privativas y no privativas de libertad. Pese a la profusión de términos, se olvida el legislador de limitar, en el caso de que se suspendan las penas de distinta naturaleza a la privación de libertad, la duración y gravedad de las medidas. Igualmente, omite el legislador -advierte BOLDOVA PASAMAR-tanto una mención al abono para el cumplimiento de la pena cuando el reo recobre la salud, como la fijación de un tope temporal máximo de la medida respecto a los supuestos en los que el penado no se recupere<sup>183</sup>.

#### **XV. Reglas para la aplicación de las penas.**

La reforma de 25 de noviembre de 2003 también incorpora un apartado tercero al artículo 65 del Texto punitivo, que permite rebajar la pena en un grado a los inductores y cooperadores necesarios cuando en ellos "no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor"<sup>184</sup>, reducción penológica hasta ahora no contemplada en el Código penal y que nace, a propuesta de la comisión técnica, para atender al principio de proporcionalidad<sup>185</sup>. Con ello se dice que "se acoge la solución jurisprudencial dada a la penalidad correspondiente a la participación de los *extraneus* en los delitos especiales propios"<sup>186</sup> que "se resolvía con la aplicación de la atenuante analógica del 20.6"<sup>187</sup> (sic). No obstante, ha de tenerse en cuenta que la atenuante de análoga significación, recogida como circunstancia sexta del artículo 21, en principio y aisladamente considerada, posee menores efectos de reducción penológica<sup>188</sup> que la rebaja en

---

<sup>180</sup> Inciso inicial del art. 53.4.

<sup>181</sup> GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 217.

<sup>182</sup> *Ibidem*.

<sup>183</sup> *Cfr.* BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 373.

<sup>184</sup> Art. 65.3.

<sup>185</sup> *Cfr.* VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., *op. cit.*, p. 4.

<sup>186</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p. 41.

<sup>187</sup> *Ibidem*.

<sup>188</sup> La regla primera del artículo 66 obliga a aplicar la pena en la mitad inferior cuando sólo concurra una circunstancia atenuante.

grado prevista por el artículo 65.3. Además, el legislador de noviembre de 2003 incurre en un defecto técnico, pues debería haberse referido a la "mayor culpabilidad"<sup>189</sup>, ya que la redacción actual del precepto conduce al absurdo de admitir una degradación punitiva para los inductores y cooperadores necesarios en los que no concurran las circunstancias personales que atenúan la culpabilidad del autor.

En materia de determinación de la pena, la Ley orgánica 15/2003 acaba con la sencillez del Texto punitivo de 1995 al excluir, con carácter general, las zonas penológicas comunes, ora debido a una añoranza por el viejo Derecho y la denominada "Parte artística del Código penal"<sup>190</sup>, ora para diferenciar las penas superiores e inferiores en grado de la sanción base y las mitades de la pena, de manera que si concudiese, según las reglas penológicas, una rebaja o ascenso, una mitad u otra de la pena, el castigo nunca pudiese ser idéntico al que procedería en caso de que no mediasen. Este cambio, en opinión de algunos que se pronunciaron sobre el particular antes de la reforma, facilitaría "la comprensión de la labor individualizadora"<sup>191</sup>, permitiendo explicar al homicida que gracias a la rebaja en un grado de la pena es imposible condenarle a diez años de prisión<sup>192</sup> y que sólo se le castigará con diez años menos un día. Todo parece indicar, empero, que la incomprensión del condenado por el solapamiento de penas no quedará superada con la diferencia de un día<sup>193</sup> pues, cuando se recupere de su estupefacción ante esas penas "extravagantes", "indescifrables y esotéricas"<sup>194</sup>, seguirá preguntándose cómo los tribunales pueden afinar tanto que calibran "hasta casi en términos de minutos la sanción merecida"<sup>195</sup>.

Sin embargo, la modificación de noviembre de 2003, por imperativo legal, resucita las unidades penológicas de más con la incorporación de un nuevo inciso al final de la regla primera del artículo 70.1, que fija, con formulación redundante<sup>196</sup>, el límite mínimo de la pena superior en grado en el máximo de la sanción base "incrementado en un día o en un

---

<sup>189</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *op. cit.*, p. 259.

<sup>190</sup> Expresión tomada del título de la monografía que RUEDA DE NEIRA publicó en el año 1890 (*cf.* BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 228, nota 17).

<sup>191</sup> LLORCA ORTEGA, J., Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995, 5ª ed. corregida, aumentada y con la doctrina jurisprudencial emitida hasta el 1 de enero de 1999, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 40.

<sup>192</sup> *Cfr.* BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 227.

<sup>193</sup> *Cfr.* GARCÍA ARÁN, M., Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 85.

<sup>194</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., Código penal, prólogo a la 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. XXI, respecto al Texto punitivo derogado.

<sup>195</sup> *Ibidem.*

<sup>196</sup> Por ello resulta ininteligible la afirmación de TÉLLEZ AGUILERA (*op. cit.*, p. 42) relativa a que la Ley orgánica 15/2003 "mejora la redacción del art. 70".

día multa según la naturaleza de la pena a imponer", redundancia, por lo demás, fácilmente evitable, bien eliminando del texto legal desde la conjunción "o", dado que las unidades de multa también se cifran en días, bien sustituyendo la referencia a "un día multa" por "una cuota de multa", o bien mencionando las otras penas de las que se predica ese día: prisión, inhabilitaciones, suspensiones, privaciones de derechos, prohibiciones y trabajos en beneficio de la comunidad.

Asimismo, el legislador de noviembre de 2003 introduce, *ex novo*, unidades penológicas de menos para calcular el límite máximo de la pena inferior en grado, que establece en el mínimo de la sanción base "reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer"<sup>197</sup>, con lo que de nuevo hace gala de una pésima redacción enmendable en la forma que acabamos de indicar.

Por lo que concierne a las mitades, un novedoso apartado establece que "a los efectos de determinar la mitad superior o inferior... el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán (sic) como unidades penológicas de más o menos"<sup>198</sup>, con lo que, amén de publicarse en el B.O.E. una inexcusable falta de acentuación<sup>199</sup>, se presupone que hay que añadir un día al término medio para calcular el límite mínimo de la mitad superior y restar otro a dicho término para obtener el límite máximo de la mitad inferior. De manera que el término medio se excluye del cómputo y queda en tierra de nadie, lo que genera falsas mitades por su distinta duración.

Además, la Ley 15/2003 señala unos topes máximos en el apartado tercero del artículo 70 cuando al aplicar la regla para el cálculo de la pena superior en grado ésta exceda de los límites fijados en el Código. Así, se incorpora una referencia a que la suspensión de empleo o cargo público, que en principio tiene una duración máxima de seis años<sup>200</sup>, en tal caso podrá alcanzar los ocho años<sup>201</sup>. Ahora bien, en la Parte especial del Texto punitivo<sup>202</sup>, por el momento, "el tiempo máximo previsto para esta pena es de cuatro años"<sup>203</sup>. De modo que la pena superior en grado llegaría hasta los seis años ¿Qué sentido tiene, pues, fijar un tope extraordinario cuando en el peor de los casos no se rebasa el límite máximo ordinario previsto en el artículo 40.1?

A continuación, la reforma de noviembre de 2003 mantiene una regla que "apenas tiene

---

<sup>197</sup>Art. 70.1, regla segunda, *in fine*.

<sup>198</sup>Art. 70.2 del Código penal.

<sup>199</sup>Cfr. B.O.E. n° 283, de 26 de noviembre de 2003, p. 41848.

<sup>200</sup>Cfr. art. 40.1 *in fine*.

<sup>201</sup>Cfr. número tercero del art. 70.3.

<sup>202</sup>Vid. art. 437.

<sup>203</sup>BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 236.

campo de aplicación<sup>204</sup>, la duración máxima de quince años para la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores<sup>205</sup>; eleva de quince a veinte años el tope de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas<sup>206</sup>, aumento inexplicable si se contrasta con la regulación de esta pena en el Texto punitivo<sup>207</sup>; introduce una extensión máxima de veinte años respecto a la privación del derecho a residir en determinados lugares<sup>208</sup> y en relación con las prohibiciones de aproximarse a la víctima<sup>209</sup> o de comunicarse con ella<sup>210</sup>, sanciones que por su carácter accesorio están en función de una pena principal, la cual resulta la única afectada por el ascenso en grado<sup>211</sup>, y se olvida de fijar un máximo absoluto para los trabajos en beneficio de la comunidad, omisión razonable hasta la reforma por su carácter de pena sustitutiva pero ininteligible desde el momento en que la Ley orgánica 15/2003 permite que los trabajos operen como pena principal<sup>212</sup>.

Finalmente, la reforma de noviembre de 2003 cambia el contenido del artículo 72, hecho que supone una "plausible novedad"<sup>213</sup> al erradicar del Texto punitivo un precepto "superfluo"<sup>214</sup>, "residual"<sup>215</sup> e innecesario desde la supresión por el Código penal de 1995 del sistema escalar, que sólo se mantenía en la Ley penal debido a "la inercia legislativa"<sup>216</sup>. En lugar de la vieja norma privada de sentido se incorpora la exigencia de que las sentencias motiven la elección del *quantum* penológico, expliquen el "proceso de concreción de los marcos penales"<sup>217</sup>. Así, jueces y tribunales son obligados a razonar "el grado y extensión concreta"<sup>218</sup> de la pena impuesta. En definitiva, se plasma en el Código un aspecto del imperativo constitucional<sup>219</sup> referente a la motivación de la sentencia<sup>220</sup>. Sin embargo, sorprende el despiste de un legislador que modifica el artículo 72 y deja inalterada

<sup>204</sup> *Ibidem*.

<sup>205</sup> *Cfr.* art. 70.3, número cuarto.

<sup>206</sup> *Cfr.* art. 70.3, número quinto.

<sup>207</sup> *Vid.* BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 236.

<sup>208</sup> *Cfr.* art. 70.3, número sexto.

<sup>209</sup> *Cfr.* art. 70.3, número séptimo.

<sup>210</sup> *Cfr.* art. 70.3, número octavo.

<sup>211</sup> *Cfr.* BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op.cit.*, p. 237.

<sup>212</sup> *Ibidem*.

<sup>213</sup> LANDROVE DÍAZ, G, "La exigencia de motivación en la individualización judicial de la pena", *La Ley*, nº 6045, 22 de junio de 2004, p. 1.

<sup>214</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *op. cit.*, p. 276.

<sup>215</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 241.

<sup>216</sup> LANDROVE DÍAZ, G, "La exigencia de motivación...", *cit.*, p. 2.

<sup>217</sup> *Ibidem*.

<sup>218</sup> Art. 72 *in fine*.

<sup>219</sup> El inciso inicial del art. 120.3 de la Constitución reza: "Las sentencias serán siempre motivadas".

<sup>220</sup> *Cfr.* BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 242.

la redacción del artículo 638, que en materia de faltas sigue disponiendo la no aplicación de "las reglas de los artículos 61 a 72 de este Código"<sup>221</sup>, cuando "la regla del art. 72 se ha evaporado"<sup>222</sup> para transformarse en un recuerdo del deber de motivar las sentencias, que la Constitución proclama respecto a todas ellas<sup>223</sup>, entre las que también se incluyen las verdidas en juicios de faltas. Además, a estas infracciones leves les afectan las reglas especiales sobre aplicación de las penas contenidas en los artículos 73 a 79, respecto a los que debe observarse estrictamente lo dispuesto en el artículo 72<sup>224</sup>, como sucede en las faltas continuadas del artículo 74.1, infracciones que obligan al juez a razonar el grado y extensión concreta de la pena.

Precisamente, en sede de delito o falta continuados la Ley orgánica 15/2003 permite "llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado"<sup>225</sup>, posibilidad que desconoce la proporcionalidad que ha de mediar entre penas e infracciones<sup>226</sup> y tolera un incoherente castigo del delito continuado con sanción superior a la del concurso real<sup>227</sup>.

## XVI. La suspensión.

En esta materia el legislador de noviembre de 2003 sustituye el término "inferiores", contenido en el inciso inicial del artículo 80.1, por "no superiores", con lo que se dice que "ahora la pena de dos años queda dentro del campo de aplicación"<sup>228</sup> de la suspensión, aunque realmente el tenor literal de la condición segunda del artículo 81 ya incluía antes la privación de libertad por dos años. En cualquier caso, resulta positivo que se acompase la redacción de los artículos 80 y 81.

Sin embargo, no tan acertada parece la toma en consideración por la Ley orgánica 15/2003 de los procesos pendientes<sup>229</sup> para denegar la suspensión, pues al no haberse alcanzado todavía la sentencia se valoran circunstancias aleatorias, lo cual suscita graves dudas de constitucionalidad<sup>230</sup>, por infracción de la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna, y da entrada en el Texto punitivo a un Derecho

---

<sup>221</sup> Art. 638 *in fine*.

<sup>222</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "La exigencia de motivación...", *cit.*, p. 4.

<sup>223</sup> *Ibidem*.

<sup>224</sup> *Cfr.* BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 242, nota 39.

<sup>225</sup> Art. 74.1 *in fine*.

<sup>226</sup> *Cfr.* GONZÁLEZ PASTOR, C.-P., *op. cit.*, p. 24.

<sup>227</sup> *Vid.* BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, pp. 273, 274 y nota 93.

<sup>228</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p. 43.

<sup>229</sup> *Vid.* art. 80.1 *in fine*.

<sup>230</sup> *Cfr.* PRAT WESTERLINDH, C., Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003, Dykinson, Madrid, 2004, p. 42.

penal de autor que no atiende a hechos sino a conductas de vida o personalidades conflictivas<sup>231</sup>.

Seguidamente, la reforma excluye la responsabilidad personal subsidiaria del cómputo relativo a que la duración de las penas no supere los dos años, mención que no descarta el acceso de tal responsabilidad a la suspensión, pero que deja tras sí una discordancia en la redacción, dado que se habla de "la derivada del impago de la multa"<sup>232</sup> sin haber aludido ni a la responsabilidad personal subsidiaria ni a la privación de libertad.

En otra falta de concordancia incurre el legislador de noviembre de 2003 al enumerar las "obligaciones o deberes" del artículo 83, ya que, siendo el sustantivo "deberes" masculino, se sustituye la correcta concordancia de los anteriores ordinales por femeninos discordantes<sup>233</sup>.

Mucho más lamentable deviene la incorporación de un párrafo al final del artículo 83.1, que obliga a condicionar la suspensión en los delitos de malos tratos<sup>234</sup> al cumplimiento de las prohibiciones de acudir a determinados lugares y de aproximación o comunicación. Dicha obligatoriedad ha sido considerada "acceptable para combatir los delitos de violencia doméstica"<sup>235</sup>; no obstante, en ella subyace un automatismo despreciable.

A estos efectos, las sentencias que incidan en los artículos 153 y 173.2 no siempre contendrán semejantes medidas y si las dispusieran no se suspenderán por no constituir penas privativas de libertad, de manera que, en cierto sentido, el nuevo párrafo resulta redundante<sup>236</sup> y a la vez problemático, porque la condena "puede implicar alguna de estas medidas pero no todas"<sup>237</sup>. Sin embargo, la redacción del párrafo final del artículo 83.1 es tan taxativa que cabe una inapropiada ejecución de sanciones no previstas en la condena cuando subsistan las circunstancias que motivaron la no imposición de alguna de las penas del artículo 57; v. gr., si no se condenó al alejamiento de la víctima por ser su vecino el agresor, parece ilógico condicionar la suspensión a un alejamiento en contra del que se pronunció la sentencia<sup>238</sup>.

---

<sup>231</sup> *Ibidem*.

<sup>232</sup> Condición segunda del art. 81, inciso final. La cursiva es nuestra.

<sup>233</sup> "...obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes: 1ª..., 2ª..., 3ª..." Si algo podía haberse mejorado era cambiar el género de "las siguientes" por "los siguientes", pero no se hizo.

<sup>234</sup> Se trata, concretamente, de los delitos previstos en los arts. 153 y 173.2.

<sup>235</sup> HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *op. cit.*, p. 304, que cita la justificación ofrecida por el grupo parlamentario popular en la enmienda 147 sobre modificación del art. 83.1.

<sup>236</sup> *Cfr.* PRAT WESTERLINDH, C., *op. cit.*, p. 52.

<sup>237</sup> *Ibidem*.

<sup>238</sup> *Cfr.* PRAT WESTERLINDH, C., *op. cit.*, p. 52.

Tampoco se comprenden las razones del legislador para, por una parte, disponer un imperativo condicionamiento de la suspensión a las prohibiciones primera y segunda del artículo 83 respecto a los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2, pero, de otro lado, circunscribir en materia de sustitución la necesaria imposición de tales obligaciones al artículo 173.2<sup>239</sup>.

Por último, la Ley orgánica 15/2003 establece que el incumplimiento no reiterado de las prohibiciones de acudir en determinados lugares, comunicarse con la víctima o aproximarse a ella, conlleva necesariamente la revocación de la suspensión en los casos de los artículos 153 y 173.2<sup>240</sup>. De modo que se equipara el incumplimiento de las dos primeras reglas del artículo 83.1 a la comisión de un nuevo delito<sup>241</sup>, lo cual -se ha afirmado- "parece obvio, por cuanto el incumplimiento de estas medidas supone la comisión de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2"<sup>242</sup>. Con todo, tamaño régimen excepcional de revocación para los malos tratos resulta injustificable, sólo atiende a un Derecho penal simbólico y comporta un automatismo incompatible con la suspensión. Téngase en cuenta que, si el factor desencadenante de la violencia radica en la ludopatía o alcoholismo del agresor y para combatirlo el juez le prohíbe acudir a salas de juego o bares, la mera entrada ocasional en tales establecimientos comportaría la revocación de la suspensión.

## XVII. La sustitución.

En punto a la sustitución de las penas privativas de libertad, el legislador de noviembre de 2003 se olvida de aludir en el párrafo segundo del artículo 88.1 al módulo de conversión para sustituir la prisión por trabajos, "defecto de técnica legislativa"<sup>243</sup> fácilmente evitable de no haberse incorporado al final de ese párrafo las palabras "para la pena de multa"<sup>244</sup>.

Igualmente, se permite una sustitución excepcional de las penas de prisión que no excedan de dos años "por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad"<sup>245</sup>, con lo que podría llegarse hasta 1460 cuotas de multa<sup>246</sup> y en el caso de la sustitución conjun-

<sup>239</sup> GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, M.C., *op. cit.*, p. 334, nota 114.

<sup>240</sup> *Cfr.* art. 84.3.

<sup>241</sup> *Cfr.* PRAT WESTERLINDH, C., *op. cit.*, p. 55.

<sup>242</sup> *Ibidem.*

<sup>243</sup> GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, M.C., *op. cit.*, p. 330, nota 107.

<sup>244</sup> *Ibidem.*

<sup>245</sup> Art. 88.1, inciso inicial del párrafo segundo.

<sup>246</sup> En contra, PRAT WERTERLINDH (*cf. op. cit.*, p. 68) fija en 1440 el máximo teórico posible de las cuotas al tomar por base la presunción del art. 50.4, precepto que consideramos inaplicable, pues debe partirse de la duración normal de los años de prisión (365 días) y sustituir cada uno de esos días por dos cuotas, según dispone el art. 88.

ta cabría sustituir los dos años de prisión por 729 jornadas de trabajo y 2 cuotas de multa, habida cuenta de que "el legislador no se pronuncia sobre cómo debe hacerse esta distribución"<sup>247</sup> y abandona la decisión "en manos del juez o tribunal"<sup>248</sup>.

A continuación, el nuevo párrafo final del artículo 88.1 dispone que a los reos de malos tratos habituales del artículo 173.2 sólo podrá sustituirse la prisión por trabajos en beneficio de la comunidad para evitar, según las conclusiones de la comisión sobre violencia doméstica, una sustitución de la prisión por la multa<sup>249</sup>, puesto que con frecuencia los maltratadores de sus parejas contribuyen esencialmente al mantenimiento de la unidad familiar. Por tanto, la sustitución de la pena privativa de libertad por una sanción económica acabaría incidiendo en las víctimas.

Sin embargo, no tan acertado parece, debido a su automatismo, el obligatorio sometimiento, en estos casos, a programas de reeducación y tratamiento psicológico junto con la imposición de la prohibición de acudir a determinados lugares, aproximarse a la víctima y comunicarse con ella<sup>250</sup>.

Por lo que hace al incumplimiento de la pena sustitutiva, la Ley orgánica 15/2003 "por error"<sup>251</sup> únicamente menciona el descuento de "las cuotas satisfechas"<sup>252</sup> y se olvida de las jornadas de trabajo prestadas<sup>253</sup>, que también han de ser tomadas en consideración en el retorno a la pena principal.

Además, la reforma de 25 de noviembre de 2003 cambia de numeración el artículo 88.4, que pasa a integrar el 88.3, pero mantiene sorprendentemente su contenido. Tal precepto era coherente antes, porque el arresto de fin de semana funcionaba como sanción principal y pena sustitutiva. Con él se pretendía evitar una escalera de sustituciones, teóricamente posible; a saber: que la prisión se sustituyese por el arresto y éste por los trabajos. No obstante, ahora "carece de sentido"<sup>254</sup> pues "ninguna pena sustitutiva es a la vez sustituible por otra"<sup>255</sup>. Actualmente sólo puede sustituirse la prisión, consecuencia jurídica que nunca funciona como pena sustitutiva.

---

<sup>247</sup> GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, M.C., *op. cit.*, p. 330.

<sup>248</sup> *Ibidem*.

<sup>249</sup> HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 313.

<sup>250</sup> *Cfr.* art. 88.1, párrafo tercero, *in fine*.

<sup>251</sup> GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, M.C., *op. cit.*, p. 335, nota 115.

<sup>252</sup> Art. 88.2.

<sup>253</sup> *Cfr.* PRAT WESTERLINDH, C., *op. cit.*, p. 72.

<sup>254</sup> GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, M.C., *op. cit.*, p. 327.

<sup>255</sup> *Ibidem*.

Asimismo, el desmemoriado legislador de noviembre de 2003 no se detiene en los supuestos especiales de sustitución previstos para los extranjeros, aunque debiera haberlo hecho, en la medida en que suprimió el número sexto del artículo 515 y si no fuese tan descuidado habría borrado las referencias que a semejante precepto siguen haciendo los artículos 89.4, 517 y 518.

Finalmente, con una mayor diligencia en la elaboración de las normas se hubiese cambiado la rúbrica que encabeza el artículo 94, pues ya no contiene "disposiciones comunes", sino que sólo alude a la sustitución<sup>256</sup>, y no incurriría el párrafo segundo del artículo 94 en una errónea mención a la suspensión que contradice lo dispuesto en el párrafo primero<sup>257</sup>, cita que "no tiene razón de ser"<sup>258</sup>, dado que la no habitualidad fue suprimida por la reforma de noviembre de 2003 como circunstancia necesaria para que los drogodependientes accediesen a la suspensión<sup>259</sup>, respecto a los enfermos terminales nunca se exigió esa condición<sup>260</sup> y en cuanto al régimen general el requisito para la suspensión sigue siendo la primariedad delictiva<sup>261</sup>, concepto distinto de la no habitualidad. Así las cosas, asombra que la Exposición de motivos sitúe esta modificación entre las "reformas técnicas"<sup>262</sup>.

### **XVIII. Las medidas de seguridad.**

Las reformas operadas por la Ley orgánica 15/2003 en sede de medidas "son de limitado alcance"<sup>263</sup>, pues el Código continúa ofreciendo un catálogo "prolijo y en ocasiones confuso"<sup>264</sup>.

Merece ser criticada la imperativa vuelta a la medida sustituida cuando el sujeto evoluciona desfavorablemente<sup>265</sup>. La regulación anterior, mucho más razonable, permitía imponer una nueva medida distinta de la que motivó, por inadecuada, la sustitución<sup>266</sup>. Esta vía, empero, queda ahora cerrada<sup>267</sup>.

Igualmente, el descuidado legislador de noviembre de 2003 consagra un "sorprendente

---

<sup>256</sup> Cfr. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 330.

<sup>257</sup> *Ibidem*.

<sup>258</sup> GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, M.C., *op. cit.*, p. 332.

<sup>259</sup> Vid. art. 87.1, circunstancia 2ª, antes de la Ley orgánica 15/2003.

<sup>260</sup> Vid. art. 80.4.

<sup>261</sup> Vid. condición primera del art. 81.

<sup>262</sup> Exposición de motivos, II, letra ñ).

<sup>263</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma de las medidas...", *cit.*, p. 2.

<sup>264</sup> *Ibidem*.

<sup>265</sup> Cfr. art. 97, letra c), *in fine*.

<sup>266</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 422.

<sup>267</sup> *Ibidem*.

texto"<sup>268</sup> en el último párrafo del artículo 97, ya que habla de propuestas de "mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad de la pena privativa de libertad impuesta"<sup>269</sup>.

Por otra parte, la reforma extiende la deducción de testimonio por quebrantamiento de la medida a las no privativas de libertad<sup>270</sup> y a los inimputables<sup>271</sup>, ampliaciones que la doctrina rechaza, puesto que limita el delito de quebrantamiento a las medidas asegurativas privativas de libertad así como a los semiimputables<sup>272</sup>. Además, se cuestiona que tales incumplimientos de medidas lesionen efectivamente el bien jurídico protegido por el tipo de quebrantamiento<sup>273</sup>. También se denuncia la "circularidad"<sup>274</sup> a la que conduce el hecho de que el juez que conozca de este delito tenga que apreciar en relación con él causas de semiimputabilidad o inimputabilidad y estimar la aplicación de nuevas medidas<sup>275</sup>.

Seguidamente, el legislador de noviembre de 2003 introduce en el Código, una vez más, el término "la misma"<sup>276</sup> con función pronominal, función ésta desconocida por el diccionario académico y los clásicos de la lengua castellana.

Por último, en el sometimiento a programas que se enuncian en la letra f) del artículo 105.1 "falta la coma"<sup>277</sup> entre "educativo" y "profesional". Así lo evidencia el dato de que cuando el legislador enumera las medidas no privativas de libertad separa ambos tipos de programas con una coma<sup>278</sup>.

### **XIX. Otros errores de la Parte general.**

La Ley orgánica 15/2003 no se detiene en materia de responsabilidad civil, mas un legislador diligente podría haber aprovechado la ocasión para modificar, al menos, el artículo 118, de manera que los exentos por delinquir bajo el síndrome de abstinencia respondan civilmente, asunto sobre el que no se pronunció el Código de 1995, debido a que la incorporación de tal síndrome al Texto punitivo tuvo su origen en una enmienda hecha al Pro-

<sup>268</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma de las medidas...", *cit.*, p. 3.

<sup>269</sup> La cursiva es nuestra, el *lapsus cálami* del legislador.

<sup>270</sup> *Vid.* art. 100.3.

<sup>271</sup> *Vid.* art. 100.1.

<sup>272</sup> *Cfr.* GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, pp. 424 y 425.

<sup>273</sup> *Cfr.* SANZ MORÁN, A.J., Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal, Lex nova, Valladolid, 2003, p. 311.

<sup>274</sup> *Ibidem.*

<sup>275</sup> *Cfr.* GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 425.

<sup>276</sup> Inciso inicial del art. 105.

<sup>277</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma de las medidas...", *cit.*, p. 4.

<sup>278</sup> *Vid.* la medida 12ª del art. 96.3.

yecto de 1994, pero el legislador se olvidó de adaptar a esta admisión la regla segunda del artículo 118.1, que declara subsistente la responsabilidad civil del "ebrio y el intoxicado" en los casos del número segundo del artículo 20 y nada dice, como procedería, de los que obran bajo síndrome de abstinencia<sup>279</sup>.

Por lo que atañe al comiso, se incorpora en el artículo 127.1 una novedosa alusión a los bienes y medios con que se haya preparado el delito o falta, mientras que -se afirma- conforme al Código de 1995 únicamente se pueden decomisar los instrumentos<sup>280</sup>. Sin embargo, la doctrina sostiene que la mención a bienes y medios "no era en absoluto necesaria y sólo introduce complejidad y confusión"<sup>281</sup> en un objeto del comiso no modificado<sup>282</sup> por la inclusión de dos términos que "no añade nada nuevo"<sup>283</sup>. Asimismo, se acoge el comiso del valor equivalente sin restricción alguna, dado que la Ley simplemente exige como presupuesto que "por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes"<sup>284</sup>, lo cual parece "desmesurado"<sup>285</sup>, ya que la nueva figura no depende, a diferencia de su precedente alemán, de que el sujeto haga fracasar la confiscación, sino que se tolera una desposesión patrimonial de individuos que no han participado en la frustración del comiso<sup>286</sup>.

En cuanto a la extinción de la responsabilidad criminal, la Ley orgánica 15/2003 contempla como nueva causa "la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2"<sup>287</sup>, incorporación que era innecesaria, pues tal remisión equivale al cumplimiento de la condena<sup>288</sup>, causa de extinción de la responsabilidad criminal ya prevista, con carácter general, en el número segundo del artículo 130. A continuación, se modifica el párrafo primero del artículo 130.5º para otorgar virtualidad al perdón del ofendido únicamente antes de haberse dictado la sentencia, pero el descuidado legislador de noviembre de 2003 se olvida de armonizar con dicha reforma el párrafo segundo de este precepto<sup>289</sup>, que dispone el cumplimiento de la condena una vez rechazado el perdón, cuando es imposible ordenar semejante cumplimiento sin una sentencia previa<sup>290</sup>. Finalmente, se incluye una re-

---

<sup>279</sup> Cfr. LORENZO SALGADO, J.M., "Causas de exclusión de la culpabilidad", en Derecho penal y procesal penal, Jueces 3er turno, temario III, Adams, Madrid, 2000, p. 57.

<sup>280</sup> Cfr. VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., *op. cit.*, pp. 4 y 8.

<sup>281</sup> GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 504.

<sup>282</sup> Cfr. BENEYTEZ MERINO, L., *op. cit.*, p. 401.

<sup>283</sup> PUENTE ABA, L.M., "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código penal", *Actualidad Penal*, nº 39, 2003, p. 991.

<sup>284</sup> Art. 127.2, inciso inicial.

<sup>285</sup> GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 510.

<sup>286</sup> Cfr. PUENTE ABA, L.M., *op. cit.*, pp. 994 y 995.

<sup>287</sup> Art. 130.3º.

<sup>288</sup> Cfr. SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J., *op. cit.*, p. 410.

<sup>289</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 356.

<sup>290</sup> *Ibidem*.

ferencia a que la responsabilidad criminal se extingue "por la prescripción... de la medida de seguridad"<sup>291</sup>, lo que representa un "grosero desprecio de la pureza y precisión de los conceptos"<sup>292</sup>, dado el distinto fundamento de las medidas y de la responsabilidad criminal<sup>293</sup> ¿Qué sentido tiene declarar que la prescripción de medidas extingue la responsabilidad criminal si los inimputables ya están exentos de tal responsabilidad?<sup>294</sup> A la vista de todo ello, pasma la calificación de las reformas operadas en materia de extinción de la responsabilidad criminal como "técnicas"<sup>295</sup>.

## XX. Algunas discordancias de la Parte especial.

Respecto a las alteraciones sufridas por la Parte especial del Texto punitivo, en virtud de la reforma de 25 de noviembre de 2003, sólo nos detendremos en algunas de las más sangrantes y groseras.

Antes que nada desconcierta la sedicente modificación del artículo 147.2, por cuanto que nada cambia, puesto que refleja exactamente la misma redacción que ya se había introducido por la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre<sup>296</sup>. En verdad, maravilla la memoria de un legislador que ni recuerda lo por él aprobado hace poco más de un mes. La precipitación legislativa y el escaso debate desembocan en una confusión entre lo ya modificado y lo que se pretende reformar<sup>297</sup>.

En segundo término, asombra que, una vez que las Cortes han decidido que el perdón no opere tras la sentencia<sup>298</sup>, el artículo 201.3 siga admitiendo que extingue la pena impuesta<sup>299</sup> y continúe aludiendo a un ahora inexistente "segundo párrafo del número 4º del artículo 130"<sup>300</sup>, en lugar de mencionar el número quinto del artículo 130, en su párrafo segundo.

Poco después el legislador vuelve a incurrir en idéntico lapsus al no cambiar en el artículo 215.3 la errónea referencia al número cuarto del artículo 130 por el número quinto de ese precepto.

---

<sup>291</sup> Art. 130.7º.

<sup>292</sup> GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 427.

<sup>293</sup> *Ibidem*.

<sup>294</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 342.

<sup>295</sup> Exposición de motivos, II, letra ñ).

<sup>296</sup> Compárese el art. 1.5 de la reforma de 29 de septiembre de 2003 con el art. 52 de la Ley orgánica 15/2003.

<sup>297</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 20.

<sup>298</sup> Cfr. art. 130.5º, párrafo primero.

<sup>299</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 355, nota 55.

<sup>300</sup> Art. 201.3 *in fine*.

Luego se castiga el impago de prestaciones económicas acordadas en causas civiles con una pena alternativa de prisión o multa<sup>301</sup>, sanciones incoherentes e inadecuadas en atención al bien jurídico tutelado<sup>302</sup>. Mucho más conveniente habría sido optar por una pena de índole social como los trabajos en beneficio de la comunidad<sup>303</sup>.

Seguidamente, la reforma de noviembre de 2003 lleva a cabo una admirable derogación, pues al dar nueva redacción al artículo 234 ya no menciona el párrafo segundo que se había incorporado mediante la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Lamentablemente, este yerro del legislador, que suponía una considerable mejora del Código penal, es enmendado por una corrección de errores publicada en el B.O.E. el 16 de marzo de 2004<sup>304</sup>, que rescuita la elevación de cuatro faltas de hurto a delito, iniciativa no procedente de la comisión técnica sino del gobierno popular<sup>305</sup>, con precedentes en el nacionalsocialismo alemán y fascismo italiano<sup>306</sup>, que mereció la crítica del Consejo General del Poder Judicial<sup>307</sup>, choca con los delitos continuado y masa, al contemplar idénticos presupuestos<sup>308</sup>, y comporta un injustificable cambio de naturaleza de las infracciones<sup>309</sup> con la milagrosa pretensión de "convertir cuatro granos de trigo en un pan"<sup>310</sup>.

Otro tanto cabría afirmar sobre la mutación de la cuarta falta de sustracción de vehículos a motor o ciclomotores en delito, introducida por la reforma de 29 de septiembre de 2003, derogada gracias al loable despiste legislativo de noviembre de 2003 y rescuitada por obra de la corrección de errores de marzo de 2004<sup>311</sup>.

También vuelve a olvidarse el legislador de reconducir a la congruencia el párrafo tercero del artículo 267<sup>312</sup>, que todavía constata que el perdón del agraviado "extinguirá la pena", cuando según la Ley orgánica 15/2003 semejante causa de extinción de la responsabilidad criminal sólo posee virtualidad "antes de que se haya dictado sentencia"<sup>313</sup>, y aún contiene una discordante cita del artículo 130.4º.

---

<sup>301</sup> Cfr. art. 227.1.

<sup>302</sup> Cfr. GONZÁLEZ PASTOR, C.-M., *op. cit.*, p. 24.

<sup>303</sup> *Ibidem*.

<sup>304</sup> El B.O.E. número 65 de la citada fecha rectifica la anterior dicción "se modifica el artículo 234" por "se modifica el párrafo primero del artículo 234".

<sup>305</sup> Cfr. VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., *op. cit.*, p. 9, nota 4.

<sup>306</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 179.

<sup>307</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 98, nota 88.

<sup>308</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 30.

<sup>309</sup> Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p. 41.

<sup>310</sup> *Ibidem*.

<sup>311</sup> En el B.O.E. de 16 de marzo de 2004 se corrige el texto de la Ley orgánica 15/2003 "se modifica el apartado 1 del artículo 244" por "se modifica el párrafo primero del apartado 1 del artículo 244".

<sup>312</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 355, nota 55.

<sup>313</sup> Art. 130.5º.

Por lo que hace a la receptación de faltas, sorprende la exasperación punitiva de noviembre de 2003, que transforma la multa de seis a doce meses en una prisión de medio año a un año, pero más asombra que no se haya corregido la referencia a las faltas contra "la propiedad"<sup>314</sup>, procedente de una Ley de 1950, que constituye otro *lapsus cálami* del legislador, porque la anterior rúbrica "De las faltas contra la propiedad" fue sustituida en 1995 por la de "Faltas contra el patrimonio"<sup>315</sup>.

En lo concerniente al blanqueo de dinero<sup>316</sup>, la más aberrante modificación que opera la Ley orgánica 15/2003 está integrada por la ampliación de los hechos previos a cualquier actividad delictiva<sup>317</sup>, la cual, de un lado, genera tamaña discrepancia entre la legislación preventiva y la represiva<sup>318</sup> que invierte paradójicamente las relaciones del Derecho penal con el administrativo, pone en peligro la seguridad jurídica<sup>319</sup> y quebranta el principio de intervención mínima. Por otra parte, la expansión "desmesurada"<sup>320</sup> de los hechos previos del blanqueo en el campo penal, que alcanza hasta los delitos de bagatela y a todos los imprudentes, limita la eficacia de la norma<sup>321</sup>, incrementa los costes sociales<sup>322</sup> de forma in-

<sup>314</sup> Art. 299.1.

<sup>315</sup> Sobre las diversas interpretaciones doctrinales que genera esta discordancia *vid.* ABEL SOUTO, M., "Algunas consideraciones sobre la receptación y otras conductas afines en el Código penal de 1995", *Revista de Ciencias Penales*, vol. 2, nº 1, 1er semestre de 1999, p. 42, nota 21.

<sup>316</sup> En torno a la conveniencia de esta denominación *vid.* ABEL SOUTO, M., El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales, *Servicio de publicaciones e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela*, Santiago, 2002, pp. 23-40.

<sup>317</sup> La reforma de 25 de noviembre de 2003 suprime el término "grave" en el inciso inicial del art. 301.1, párrafo primero.

<sup>318</sup> La Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, desde la reforma de 4 de julio de 2003, sólo entra en juego ante delitos castigados con prisión superior a tres años (cfr. art. 1.1 *in fine* de la Ley contra el blanqueo tras la modificación llevada a cabo por la Ley 19/2003, de 4 de julio); sin embargo, el Texto punitivo admite el blanqueo de hechos sancionados con tres meses de prisión (cfr. art. 301.1 del Código penal en conexión con los arts. 13.2 y 33.3 a).

<sup>319</sup> *Vid.* SAVONA, E.U., "Luce e ombre di un sperimento regionale. La Direttiva anti-riciclaggio dell'Unione europea", en CORVESE, C.G./SANTORO, V. (a cura di), *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 93.

<sup>320</sup> FARIA COSTA, J.DE., "O branqueamento de capitais (Algunas reflexoes à luz do direito penal e da política criminal)", traducido al castellano por Paz Arenas Rodríguez como "El blanqueo de capitales (Algunas reflexiones a la luz del Derecho penal y de la política criminal)", en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor al Profesor TIEDEMANN, B.O.E., 1995, p. 670.

<sup>321</sup> *Cfr.* FLICK, G.M., "Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione in Italia", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nº 4, 1992, p. 1293.

<sup>322</sup> *Cfr.* FLICK, G.M., "La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nº 4, 1990, p. 1264.

tolerable, vulnera la consideración del Derecho penal como *ultima ratio*<sup>323</sup> y priva al blanqueo de significación autónoma respecto a otras figuras delictivas.

Asimismo, se añade una específica referencia al comiso para el blanqueo de bienes procedentes del narcotráfico, que remite al artículo 374 del Código penal<sup>324</sup>, permitiendo inconstitucionales enajenaciones sin sentencia firme<sup>325</sup>. También se incorporan medidas no previstas en la Parte general del Código<sup>326</sup> que enmarañan aún más el ya complejo sistema de consecuencias jurídicas<sup>327</sup>.

Igualmente, debe denunciarse que el aumento significativo<sup>328</sup> en las cuantías de ciertos tipos para admitir la existencia de un delito únicamente beneficia a las clases favorecidas. Mientras el mundo desarrollado incrementa la presión punitiva en el ámbito socioeconómico<sup>329</sup>, la reforma privilegia a los poderosos. V. gr., el artículo 285 eleva más de un cincuenta por ciento, de 65 millones de pesetas a 600.000 euros, el beneficio económico requerido para que concurra el delito de uso de información relevante en asuntos de cotización de valores; en los delitos contra la Hacienda Pública se exige que el mínimo defraudado supere los 120.000 euros, frente a los 15 millones de pesetas anteriores<sup>330</sup>; la defraudación a la Seguridad Social precisa exceder de 120.000 euros, cuando antes sólo se aludía a 15 millones de pesetas en el artículo 307<sup>331</sup>; la cantidad necesaria para que medie un delito de fraude de subvenciones se eleva un 33 por ciento, hasta 80.000 euros<sup>332</sup>, y en idéntico porcentaje se incrementa la cuantía requerida (240.000 euros) para los delitos contables de las letras c) y d) del artículo 310. Este discriminatorio Derecho penal de clases se evidencia en mayor grado si advertimos que los límites mínimos exigidos para las faltas de defraudaciones contenidas en los artículos 627 y 628 no han sido modificados.

En cuanto al narcotráfico, sigue faltando un sistema penológico "más flexible y proporcional"<sup>333</sup>, habida cuenta de que persisten -amén de preceptos que quiebran tanto la teoría del delito como el principio de igualdad<sup>334</sup> y problemáticos conceptos jurídicos indetermi-

---

<sup>323</sup> Vid. MANACORDA, S., "La réglementation du blanchiment de capitaux en droit international: les coordonnées du système", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, nº 2, 1999, p. 258.

<sup>324</sup> Cfr. art. 301.1, párrafo segundo, *in fine*.

<sup>325</sup> Vid. art. 374 b).

<sup>326</sup> Vid. art. 302.2 b).

<sup>327</sup> Vid. ABEL SOUTO, M., El delito de blanqueo en el Código penal español, Bosch, Barcelona, en prensa.

<sup>328</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 8, nota 8.

<sup>329</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 18.

<sup>330</sup> Cfr. art. 305.

<sup>331</sup> Cfr. GONZÁLEZ PASTOR, C.-P., *op. cit.*, p. 24.

<sup>332</sup> Cfr. art. 308.

<sup>333</sup> PUERTA LUIS, L.-R., *op. cit.*, p. 19.

<sup>334</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, pp. 86-88.

nados- los castigos mínimos con tres años de prisión por la venta de una papelina y nueve si se realiza en centro penitenciario, militar o docente<sup>335</sup>, según los artículos 368 y 369.1, circunstancia octava. Además, para los casos en los que el culpable pertenezca a una organización o asociación destinada a difundir drogas<sup>336</sup>, participe en otras actividades organizadas o que el delito facilite su ejecución<sup>337</sup>, así como cuando los hechos se realicen en establecimientos públicos por sus responsables o empleados<sup>338</sup>, el artículo 369.2 establece la imposición de una multa proporcional a la organización, asociación o persona titular del establecimiento, disposición que deroga el principio de personalidad de la pena y de la responsabilidad criminal, por lo que, al infringirse el dogma culpabilístico, el precepto suscita enormes dudas de constitucionalidad<sup>339</sup>.

A continuación, el artículo 374.2 admite una enajenación de ganancias sin sentencia firme, por disminución importante de su valor a causa del transcurso del tiempo, que vulnera la presunción de inocencia<sup>340</sup>, el principio de exclusiva ejecución de sentencias firmes<sup>341</sup> y hasta la gramática castellana, pues se habla de bienes "decomisados"<sup>342</sup>, cuando sólo puede imponerse el comiso en una sentencia y mientras no se dicte los objetos únicamente resultan "decomisables", e igualmente se producen errores verbales de coordinación<sup>343</sup>, ya que se alude a que la conservación "pueda resultar... o da lugar... o afectar..."<sup>344</sup>, discordancia fácilmente enmendable con la adición de una "r" al término "da".

Después, la Ley orgánica 15/2003 añade un esquizofrénico párrafo segundo al artículo 381, que presume el peligro concreto cuando se conduzca con altas tasas de alcohol y velocidad excesiva, innovación que causa auténtica perplejidad, porque si el peligro es concreto no cabe presumirlo, y confunde un elemento de juicio cognitivo con los elementos normativos. Pero a un legislador que desconoce nociones básicas sobre el peligro no podemos exigirle que distinga otras categorías ideadas por MEZGER, a pesar de que RODRÍGUEZ MUÑOZ las pusiese al alcance de cualquier lector hispano en la primera mitad del pasado siglo<sup>345</sup>.

<sup>335</sup> Cfr. PUERTA LUIS, L.-R., *op. cit.*, p. 19.

<sup>336</sup> Cfr. art. 369.1, circunstancia segunda.

<sup>337</sup> Cfr. art. 369.1, circunstancia tercera.

<sup>338</sup> Cfr. art. 369.1, circunstancia cuarta.

<sup>339</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 169.

<sup>340</sup> Cfr. PUENTE ABA, L.M., *op. cit.*, p. 1000.

<sup>341</sup> *Ibidem.*

<sup>342</sup> Inciso inicial del art. 374.2.

<sup>343</sup> Cfr. PUENTE ABA, L.M., *op. cit.*, p. 1001.

<sup>344</sup> Art. 374.2 b), inciso inicial.

<sup>345</sup> Vid. MEZGER, E., Tratado de Derecho penal, 2ª ed., revisada y puesta al día por RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, pp. 373-376.

Más adelante se incorporan los delitos de lesa humanidad y contra personas o bienes protegidos en caso de conflictos armados como hechos previos del favorecimiento personal<sup>346</sup>. Con todo, el legislador ha perdido una magnífica oportunidad para señalar en el número tercero del artículo 451, en lugar del defectuoso recurso al catálogo, un quantum de pena a partir del cual se admitiese el encubrimiento<sup>347</sup>.

Tras la incoherente cita que se continúa haciendo, en los artículos 517 y 518, al derogado número sexto del artículo 515, la reforma de 25 de noviembre de 2003, cuando sólo pretendía dar otra redacción a los números cuarto y quinto del artículo 611, por confusión, mantiene la antigua dicción e incorpora la nueva convirtiendo en redundantes los números sexto y séptimo. Por suerte, el Código es librado de tal esperpento, mediante una lúcida corrección de errores, en abril de 2004<sup>348</sup>.

En lo referente al artículo 639, el legislador de noviembre de 2003, por cuarta vez, no repara en que, al haber excluido el perdón posterior a la sentencia, "carece de explicación"<sup>349</sup> seguir reconociendo que extingue "la pena impuesta"<sup>350</sup>, ni se percata de que, por su propio deseo, ya no existe el "segundo párrafo del número 4º del artículo 130"<sup>351</sup>, ordinal que debe ser sustituido por el número 5º.

Por otra parte, un legislador diligente no habría cerrado los ojos ante la disposición transitoria undécima del Código penal de 1995, sino que modificaría las letras e), i) -al objeto de satisfacer, como hemos visto, su confesada voluntad de acabar con el arresto de fin de semana- y j), letra esta última en la que debería cambiarse, a la hora de transformar las sanciones pecuniarias previstas para las faltas en la Leyes penales especiales, el límite mínimo de la multa de un día por diez, pues dicha cuantía opera como tope en las infracciones leves<sup>352</sup> que no puede reducirse al determinar la pena, porque las reglas penológicas de los artículos 61 y siguientes no rigen para las faltas, según establece el artículo 638, que también dispone para ellas que el libre arbitrio judicial siempre operará "dentro de los límites de cada una"<sup>353</sup>.

---

<sup>346</sup> Por fortuna, una falta de concordancia cometida por la reforma de 25 de noviembre no pasará al Código; esto es: la que figura en la p. 41864 del B.O.E., a cuyo tenor "se modifica el párrafo a) del artículo 451.3º, que queda redactada..."

<sup>347</sup> Sobre las ventajas de esta propuesta vid. ABEL SOUTO, M., "El encubrimiento", *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, nº 2, 2º semestre de 1998, p. 312, nota 73.

<sup>348</sup> Vid. B.O.E. número 80, de 2 de abril de 2004, p. 14027.

<sup>349</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*, p. 355, nota 55.

<sup>350</sup> Art. 639, párrafo tercero.

<sup>351</sup> *Ibidem*.

<sup>352</sup> Vid. arts. 33.4 f) y 50.3.

<sup>353</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, pp. 178-180.

Mas, como no podía acabar bien la tragedia de la analizada reforma, su disposición final quinta, y última, fija en el 1 de septiembre de 2004<sup>354</sup> la entrada en vigor "de los apartados octogésimo octavo, octogésimo noveno y nonagésimo del artículo único, que modifican los artículos 259, 260 y 261". La intención del legislador es clara, pero más evidente resulta el error en que incurre, puesto que de los aludidos preceptos se ocupan los apartados octogésimo noveno, nonagésimo y nonagésimo primero. Si el redactor de la Ley, en lugar de un farragoso deletreo de todos los adjetivos ordinales de la reforma, hubiese optado por escribir simples cifras, amén de ahorrar tinta al Estado y tiempo a los lectores, habría ganado en claridad y hubiese evitado el comentado yerro que cierra la Ley orgánica 15/2003.

### **XXI. Una reforma inidónea para navegar entre la Caribdis del clasicismo y la Escila de la expansión.**

Desde que Homero plasmó en bellos versos las proezas de Ulises para la literatura universal, cuando la humanidad se encuentra ante situaciones de las que no puede salir sin grave quebranto, se acude a la metáfora de hallarse entre Caribdis y Escila, por donde tuvo que pasar el héroe su navío con pérdida, primero de parte de la tripulación en las seis bocas henchidas de dientes apretados en tres filas, y luego de los restos de la embarcación sorbidos en tremenda resaca<sup>355</sup>.

Ciertamente, cualquier nave penal que se bote actualmente debe estar preparada para una difícil travesía entre el temor a ser arrastrada en torbellinos por la Caribdis de liberar al Derecho de las exigencias modernas alejándolo de la realidad mundana y el pánico a que sus tripulantes sean devorados por las seis fauces de la Escila modernizadora de la expansión del Derecho penal; a saber: la exacerbación de la prevención<sup>356</sup>, la consideración del Derecho penal como *prima o sola ratio*<sup>357</sup>, la creación de nuevos bienes jurídicos<sup>358</sup>, la ampliación de los riesgos relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía<sup>359</sup>.

<sup>354</sup> Fecha que da inicio a la vigencia de la Ley concursal, aprobada el 9 de julio de 2003.

<sup>355</sup> Vid. HOMERO, Odisea, introducción de Carlos García Gual y traducción de José Manuel Pabón, Gredos, Madrid, 2001, canto XII, pp. 189-203.

<sup>356</sup> Vid. ALBRECHT, H.-J., Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero, vertido al castellano por Óscar Julián Guerrero Peralta, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 81 y 82.

<sup>357</sup> Vid. HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 24-26.

<sup>358</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico", en EL MISMO AUTOR/ACALÉ SÁNCHEZ, M. (coords.), Temas de Derecho penal económico, III encuentro hispano-italiano de Derecho penal económico, Trotta, Madrid, 2004, p. 220.

<sup>359</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., La expansión..., *cit.*, pp. 17, 18 y 83-88; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Derecho penal. Introducción, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 108 y 109.

Pero carece de sentido sacar del dique un Texto punitivo, parcheado con el papel de celofán de la Ley orgánica 15/2003, que se hundirá en la botadura, con lo que ni siquiera podrá enfrentarse a los retos que la sociedad plantea tanto a la legislación penal como a nuestra Ciencia<sup>360</sup>.

---

<sup>360</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., "Crítica a los principios inspiradores del pretendido *Derecho penal europeo*", en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, p. 128