
LA REFORMA DE LA PART GENERAL DEL CODI PENAL (LO 5/2010, DE 22 DE JUNY): AVENÇ O RETROCÉS?

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN

Professor titular de dret penal. Cap d'Estudis dels Ensenyaments Criminològics i de la Seguretat, Universitat de Barcelona

La LO 5/2010, de 22 de juny, en vigor des del 23 de desembre de 2010, va modificar decisivament algunes institucions fonamentals de la part general del Codi penal. De particular rellevància són la nova circumstància atenuant de dilacions indegudes (art. 21.6a CP); la incorporació al Codi penal de la responsabilitat penal de la persona jurídica (art. 31 bis CP); les novetats relatives a l'anomenat període de seguretat de la pena de presó (art. 36.2 CP) i a l'expulsió de territori nacional substitutiva de les penes privatives de llibertat imposades a persones estrangeres (art. 89 CP); la nova mesura de seguretat de llibertat vigilada, també aplicable a imputables (art. 106 CP), i el nou règim de prescripció del delictes, especialment en allò que es refereix a la seva interrupció (art. 132, 2 CP). El present treball té per objecte l'exposició i la valoració crítica d'aquestes i altres modificacions realitzades per l'esmentada LO 5/2010 en la part general del Codi penal.

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

1. INTRODUCCIÓ

La LO 5/2010, de 22 de juny, en vigor des del propassat 23 de desembre, ha modificat de forma molt essencial algunes institucions fonamentals de la part general del Codi penal. Entre d'altres reformes, de particular rellevància són la nova circumstància atenuant de dilacions indegudes (art. 21.6 CP); les novetats relatives al denominat «període de seguretat» de la pena de presó (art. 36.2 CP) i a l'expulsió de territori nacional substitutiva de les penes privatives de llibertat imposades a estrangers (art. 89 CP); la nova mesura de seguretat de llibertat vigilada, també aplicable a imputables (art. 106 CP); i el nou règim de prescripció del delictes, en especial en allò que es refereix a la seva interrupció (art. 132, 2 CP). Però per sobre de totes aquestes novetats en destaca una que —tant per la seva importància com pel caire altament qüestionable de la mesura— ja justificaria per si sol aquestes línies: la incorporació al Codi penal de la responsabilitat penal de la persona jurídica (art. 31 bis CP).

El present treball té per objecte l'exposició i valoració crítica d'aquestes i altres modificacions realitzades per la LO 5/2010 en la part general del Codi penal, per tal de comprovar si la reforma representa (o no) un veritable pas endavant.

2. EL NOU RÈGIM DE RESPONSABILITAT PENAL DE LES PERSONES JURÍDIQUES (ART. 31 BIS CP)

2.1 INTRODUCCIÓ

Amb la LO 5/2010 s'estableix, per primera vegada en la nostra història legislativa, la responsabilitat penal de les persones jurídiques. Queda derogat per al Dret espanyol, d'aquesta manera, el principi *Societas delinquere non potest*. També l'art. 31.2 CP, introduït per la LO 15/2003.¹ El nou model constitueix la translació a l'ordenament jurídic espanyol de la denominada *Third Party Strategy* (implicació políticocriminal de l'empresa en l'evitació de la comissió de conductes delictives que puguin afavorir-la), present en *nombrosos instruments jurídics internacionals* (convenis, decisions marc, etc.) en relació amb determinats àmbits.² No obstant això, aquests instruments comunitaris no obliguen a una resposta específicament penal a la intervenció de persones jurídiques en els àmbits delictius més preocupants (corrupció en el sector privat i en les transaccions comercials internacionals, pornografia i prostitució infantil, tràfic d'éssers humans, blanqueig de capitals, immigració il·legal, etc.). Malgrat això, les recomanacions sancionadores no només han anat endurint-se progressivament, sinó que, a més, han provocat un efecte penalitzador en un significatiu nombre de *països europeus* fins fa poc aliens a la tradicional responsabilitat penal de les persones jurídiques en els drets de tall anglo-

1. Establia aquest precepte que «[e]n aquests supòsits, (scil. els previstos a l'anterior art. 31.1 CP, actual art. 31 CP), si s'imposés en sentència una pena de multa a l'autor del delictes, serà responsable del pagament de la mateixa de forma directa i solidària la persona jurídica en nom de la qual o per compte de la qual va actuar».

2. Poden ser recordats, a tall d'exemple, el Con. europeo 4-11-98, per la protecció del medi ambiente mitjançant el Dret penal; DDMM 2005/667/JAI 12-7-05, destinada a reforçar el marco penal per la repressió de la contaminació procedent de vaixells; 2005/222/JAI 24-2-05, relativa als atacs contra els sistemes d'informació; 2004/757/JAI 25-10-04, relativa a l'establiment de disposicions mínimes dels elements constitutius de delictes i penes aplicables a l'àmbit del tràfic il·licit de drogues; 2004/68/JAI 22-12-03, relativa a la lluita contra l'exploració sexual dels nens i la pornografia infantil; 2003/568/JAI 22-7-03, relativa a la lluita contra la corrupció al sector privat; 2002/475/JAI 13-6-02, sobre lluita contra el terrorisme; Dir. 2005/60/CE 26-10-05, relativa a la prevenció de la utilització del sistema financer pel blanqueig de capitals i pel finançament del terrorisme; i Acció Comuna 98/733/JAI 21-12-98, relativa a la tipificació penal de la participació en una organització delictiva als Estats membres de la Unió Europea. Fan referència a aquests instruments CUADRADO RUIZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?», Revista Jurídica de Castilla y León, nº 12 (2007), pp. 125 s., nota 9; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad de personas jurídicas», a ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/114. Sobre tot això, i ja en relació a la reforma operada per la LO 5/2010, vid., a més a més, MORALES PRATS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», a QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 45 ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», a QUINTERO OLIVARES / CARBONELL MATEU / MORALES PRATS / GARCÍA RIVAS / ÁLVAREZ GARCÍA (Dirs.), *Esquemas de Teoría Jurídica del delito y de la pena*, 3ª ed., 2010, pp. 285 ss.

saxó (Gran Bretanya, Irlanda). Aquest és el cas, per exemple, de Finlàndia, Suècia, Noruega, Islàndia, Alemanya, Bèlgica, Dinamarca, Eslovènia, Àustria, Luxemburg, França, Itàlia, Portugal, Letònia, Lituània, Estònia, Holanda, Suïssa, Turquia i Croàcia.³

No obstant això, des d'un punt de vista politicocriminal, la decisió adoptada per la LO 5/2010 és *molt problemàtica*. D'una banda, un important sector de la doctrina considera que el càstig penal de les persones jurídiques s'oposa, com a mínim, a dos principis fonamentals del Dret penal d'un Estat democràtic: el *principi de culpabilitat* i una de les seves més destacades manifestacions, el *principi de personalitat de les penes*. Quant al primer principi, s'afirma, amb raó, que ningú diferent a una persona física pot ser subjecte adequat del judici de retret ètic-social que representa la pena. Pel que fa al segon, no és possible aplicar una pena privativa de llibertat o privativa d'altres drets a una classe de subjectes —com les persones jurídiques— respecte de la qual la pena resultarà, per definició, senzillament inexecutable.⁴ De la mateixa manera, tenint en compte que no s'ha de posar en dubte que una persona jurídica pot causar a tercers danys susceptibles de ser avaluats i reparats econòmicament, també ha d'afirmar-se la conveniència que es puguin determinar regles de responsabilitat civil derivada de delictes que obliguin la persona jurídica a reparar el dany causat. La responsabilitat penal de persones jurídiques pot generar, a més, elevats *riscos jurídics per als interessos de les empreses*. Un d'ells és l'important *cost reputacional* que una imputació penal pot representar per a la societat. Per exemple, quan es tracti d'una *societat que emeti valors al mercat nord-americà*, la legislació nord-americana exigeix a l'empresa, cada vegada que realitzi un projecte d'emissió de valors, la declaració expressa que no es tracta d'una societat imputada en un procediment penal.

2.2 TRETOS FONAMENTALS DEL NOU SISTEMA DE RESPONSABILITAT PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

La LO 5/2010 estableix un sistema de responsabilitat penal de la persona jurídica de *numerus clausus*, circumscrit, per tant, a un *catàleg tancat de delictes* legalment previst.⁵

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

4. Sobre la incorrecció dogmàtica de la responsabilitat penal de les persones jurídiques vid., per exemple, MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 8ª ed., 2008, 7/53 ss.; GÓMEZ MARTÍN, «¿Es personal la pena que se impone a una sociedad?» (<http://www.legaltoday.com>). En contra, defensant la constitucionalitat del principi *societas delinquere potest* DOPICO GÓMEZ-ALLER, a ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal, 2010*, 1/112; EL MATEIX AUTOR, «Pero, ¿es que nadie va a pensar en los socios?» (<http://www.legaltoday.com>).

5. El catàleg està integrat, concretament, pels següents delictes: tràfic il·legal d'òrgans (art. 156 bis), tràfic d'éssers humans (art. 177 bis), delictes relatius a la prostitució i corrupció de menors (art. 189 bis), delictes contra la intimitat i violació de la privacitat informàtica (art. 197), estafa (art. 251 bis), insolvències punibles (art. 261 bis), danys informàtics (art. 264), delictes contra la propietat intel·lectual i industrial, el mercat i els consumidors (art. 288.1), delictes de blanqueig de capitals (art. 302), delictes contra l'Hisenda Pública i contra la Seguretat Social (art. 310 bis), delictes urbanístics (art. 319), delictes contra els drets dels ciutadans estrangers (art. 318 bis), delictes contra el medi ambient (art. 327 y 328), delictes relatius a l'energia

En *altres delictes* no és possible declarar responsabilitat penal de les persones jurídiques, però sí es preveu la facultat que el jutge adopti alguna de les mesures de l'art. 129 CP.⁶ Segons la doctrina, en aquests casos els pressupòsits d'aplicació d'aquest precepte han de ser els previstos en l'art. 31 bis CP.⁷

Segons el model previst per la LO 5/2010, la responsabilitat de la persona jurídica no substitueix la de la corresponent persona física, sinó que *s'acumula* a aquesta.⁸ En aparença, la reforma consagra un model d'*heteroresponsabilitat* de la societat, és a dir, de responsabilitat de l'empresa pel delicte comès per la persona física que actüi en el seu nom o representació. En favor d'aquesta tesi juga el fet que en les dues vies d'imputació de responsabilitat penal a la societat previstes per la LO 5/2010, un pressupòsit ineludible d'aquesta responsabilitat és que el delicte hagi estat comès, en tot cas, per una persona física vinculada a la persona jurídica, i, a més, *en profit de la societat*. No obstant això, un sector doctrinal entén que existeixen indicis per concloure que el legislador hauria previst un sistema d'*autorresponsabilitat*, o de culpabilitat de l'empresa pels propis actes. Un d'ells consistiria que la responsabilitat penal de les persones jurídiques també serà exigible tot i que la concreta persona física responsable no hagi estat individualitzada o no hagi estat possible dirigir el procediment contra ella (art. 31 bis 2 CP). Un altre, en la incomunicabilitat de les circumstàncies modificatives de la responsabilitat de la persona física que comet el delicte (art. 31 bis 3 CP).⁹

El precepte no defineix l'expressió «persona jurídica». Tampoc ho fa cap altre precepte del CP, sense que resulti aplicable, a tals efectes, el concepte de «societat» recollit en l'art. 297 CP per als delictes societaris. Serà aplicable, a tals efectes, el *concepte extrapenal* de persona jurídica. Un pressupòsit d'aquest concepte és l'existència de *personalitat jurídica*. Quan es tracti de delictes o faltes comesos en el si, amb la col·laboració, a través o per mitjà d'empreses, organitzacions, grups o qualsevol altra classe d'entitats o agrupacions de persones que, per manca de personalitat jurídica, no estiguin compreses en l'art. 31 bis CP, el jutge o tribunal

nuclear i a les radiacions ionitzants (art. 343), delictes de perill provocat per explosius (art. 348), delictes contra la salut pública (tràfic de drogues) (art. 369 bis), delicte de falsedat en mitjà de pagament (art. 399 bis), delicte de suborn (art. 427), delicte de tràfic d'influències (art. 430) i delicte de suborn a funcionari estranger (art. 445), organitzacions o grups criminals (art. 570 quater) i finançament del terrorisme (art. 576 bis). Al llistat hi ha absències importants. Així, per exemple, al delicte ecològic la responsabilitat penal de l'empresa està prevista només quan es tracti de la modalitat dolosa, però no quan el delicte es cometi per imprudència. Al delicte de suborn l'empresa només respondrà penalment pel suborn actiu, però no pel passiu, com a conseqüència del contingut de l'art. 31 bis 5. Vid., sobre tot això, DOPICO GÓMEZ-ALLER, a ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 1/200.

6. Aquest és el cas dels delictes d'alteració de preus en concursos i subhastes públiques (art. 262 CP), obstrucció a l'activitat inspectora o supervisora (art. 294 CP), delictes contra els drets dels treballadors (art. 318 CP), delictes de risc produït per explosius i agents similars (art. 348 CP), delictes alimentaris farmacèutics (art. 366 CP) i falsedat de moneda (art. 386 CP).

7. Defensa aquesta opinió DOPICO GÓMEZ-ALLER, a ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 1/206.

8. No cap extreure la conclusió contrària del fet que a la LO 5/2010 s'hagi eliminat, finalment, la frase «la responsabilitat penal de les persones jurídiques no exclourà la de les persones físiques a que es refereix l'apartat anterior, ni la d'aquestes exclourà la responsabilitat penal d'aquelles», present a l'Avantprojecte 2009.

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

podrà imposar motivadament a aquestes empreses, organitzacions, grups, entitats o agrupacions una o diverses conseqüències accessòries a la pena que correspongui a l'autor del delictes, amb el contingut previst en els apartats c) a g) de l'article 33.7 CP. Podrà també acordar la prohibició definitiva de dur a terme qualsevol activitat, encara que sigui lícita (art. 129.1 CP).

Queden excloses (art. 31 bis 5 CP, par. I CP): a) les entitats de Dret públic i assimilats; b) entitats mercantils estatals (cambres de comerç, col·legis professionals, etc.) i exercents privats de funcions públiques; i c) agents polítics i sindicals. El fonament de l'exclusió ha de veure's en la *rellevància constitucional de la funció* que presen aquestes entitats.¹⁰ En el cas de les entitats de Dret públic i assimilats, i les entitats mercantils estatals i exercents privats de funcions públiques, l'exclusió també es deu al fet que la imposició d'una pena de multa a aquestes entitats incidiria negativament en la seva capacitat per a la correcta prestació de les funcions públiques que tenen encomanades. El par. II estableix una excepció a l'exclusió prevista en el par. I. Es tracta dels supòsits de *societats pantalla*, és a dir, de formes jurídiques creades pels seus promotors, fundadors, administradors o representants amb el propòsit d'eludir una eventual responsabilitat penal. El precepte exigeix que es tracti de societats constituïdes *ad hoc* per a la consecució d'aquest objectiu. D'aquesta manera, un sindicat o un partit polític constituïts legalment, però que acabi convertint-se en una organització criminal, quedarà exempt de responsabilitat penal.¹¹

2.3 VIES D'IMPUTACIÓ DE LA RESPONSABILITAT PENAL A LA PERSONA JURÍDICA

2.3.1 Plantejament

Com ja s'ha avançat, per a la imputació de la responsabilitat de les persones jurídiques s'ha optat per un *sistema de doble via*. D'una banda, la imputació dels delictes comesos en el seu nom o pel seu compte, i en el seu profit, per les persones que hi tenen poder de representació (art. 31 bis 1 CP, par. I CP). Per una altra, la responsabilitat per aquelles infraccions propiciades per no haver exercit la persona jurídica el degut control sobre els seus empleats (art. 31 bis 1 CP, par. II).

2.3.2 Primera via d'imputació (art. 31 bis 1, incís 1 CP)

La primera via d'imputació consisteix en la responsabilitat de la persona jurídica pels «delictes comesos en nom o per compte de les mateixes, i en el seu profit, pels seus representants legals i administradors de fet o de dret» (art. 31 bis 1, incís 1 CP). Ha de tractar-se, com és lògic, d'un dels delictes pels quals està expressament prevista en la part especial del Codi penal la responsabilitat penal de la persona jurídica. L'expressió «delictes comesos» és prou àmplia com per comprendre,

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

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

d'una banda, el delictes consumat i l'intentat, i, per una altra, els tipus d'autoria i els de participació.

Literalment, el precepte preveu un supòsit de *responsabilitat objectiva* per l'actuació d'un altre. Noti's que qui ha de cometre el delictes no és la societat, sinó «els seus representants legals i administradors de fet o de dret». No obstant això, un sector de la doctrina entén que aquesta insatisfactòria conseqüència pot evitar-se interpretant *restrictivament* el precepte, de manera que la responsabilitat penal de la persona jurídica només sigui possible quan el delictes pugui ser imputat a un *defecte d'organització de la societat*, és a dir, a una *omissió de la cura deguda* en l'evitació de la comissió de delictes en el seu si. Això succeirà quan la societat no hagi implementat mecanismes idonis de prevenció dels delictes que puguin cometre els seus representants legals o administradors en el seu nom o representació. El contrari enfrontaria irremediament el precepte —sempre segons aquest sector doctrinal— amb el principi de dol o culpa (art. 5 i 10 CP) i al principi de responsabilitat personal com a manifestacions del principi de culpabilitat.¹²

Un dels aspectes del precepte que més variacions ha sofert durant la seva tramitació ha estat, precisament, el relatiu al *grau de vinculació* que ha de tenir la persona física que comet el delictes amb la persona jurídica. D'acord amb la versió finalment acollida per la LO 5/2010, el delictes ha de ser comès per un *representant legal* de la societat o per algun dels seus *administradors de dret o de fet* que actuïn «en nom o per compte de les mateixes» i «en el seu profit».

És «representant legal» de la persona jurídica qui n'exerceix la representació en relació amb tots els actes compresos en el seu objecte social (art. 128 i 129 LSA i art. 233 i 234 RDLeg. 1/10). Per «administrador de dret» ha d'entendre's aquell subjecte que realitzi funcions d'administració en una societat en virtut d'un títol jurídicament vàlid. Si es tracta d'una societat anònima, cal que el subjecte hagi estat nomenat a aquest efecte per la junta general (art. 123 LSA). En general, serà administrador de dret tot subjecte que pertanyi a l'òrgan d'administració de la societat inscrita en el Registre Mercantil. Administrador de dret pot ser-ho tant una persona física com una persona jurídica. En aquest cas tornarà a presentar-se el supòsit de fet que resol l'art. 31 CP. Quant als «administradors de fet», la doctrina mercantilista considera que són, en canvi, tots els altres subjectes que hagin exercit aquestes funcions en nom de la societat, sempre que això s'acrediti, o els que ofereixin alguna irregularitat en la seva situació jurídica, per nomenament defectuós no acceptat, no inscrit o caducat. La doctrina penal entén per administrador de fet a tota persona que per si sola o conjuntament amb unes altres, adopta i imposa les decisions de la gestió d'una societat, i concretament les expressades en els tipus penals. És a dir, «qui de fet mana o governa des de l'ombra».¹³ En el cas de l'art. 31 bis 1 CP, perquè respongui la persona jurídica el delictes ha de provenir d'una *decisió controlable pels òrgans de govern de la societat*.¹⁴

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

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

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

El representant legal de la societat o els seus administradors han d'actuar «en nom o per compte de les mateixes» i «en el seu profit». La primera exigència exclou la responsabilitat de la societat quan el seu representant legal o administrador no cometi el delictes en tal condició, és a dir, ho faci actuant al marge de la seva funció de representació o administració de la societat, encara que la comissió del delictes afavoreixi econòmicament la persona jurídica. El segon requisit (el relatiu a l'actuació en profit de la societat) exigeix de responsabilitat la persona jurídica quan el representant legal o administrador actua exclusivament en benefici propi, o, fins i tot, perjudicant la societat. En aquest cas, aquesta última podrà perseguir el fet com a acusació particular. Tenint en compte que el precepte no concreta sobre aquest tema, gens impedeix entendre que no cal que el «profit» sigui de naturalesa econòmica. El profit pot ser *directe* (benefici empresarial) o *indirecte* (estalvi de costos).¹⁵

2.3.3 Segona via d'imputació (art. 31 bis 1, incís 2 CP)

La segona via d'imputació consisteix en la responsabilitat de la societat per delictes comesos per empleats *sotmesos a l'autoritat* dels representants legals o administradors de la persona jurídica. La responsabilitat de la societat resulta de la circumstància que el delictes ha d'haver-se comès com a conseqüència que sobre el seu autor, és a dir, l'empleat, no s'hagi «exercit el control degut». De la mateixa manera que succeeix en l'art. 31 bis 1, incís 1 CP, el delictes comès ha de ser un d'aquells pels quals està expressament prevista en la part especial del Codi penal responsabilitat penal per a la persona jurídica. El delictes ha de ser comès per un subjecte que operi *en l'àmbit de direcció* dels representants legals o els administradors. No és necessari que es trobi formalment vinculat a l'empresa a través d'un contracte laboral o mercantil. No hi ha inconvenient, per tant, que es tracti d'un autònom, o un treballador subcontractat, sempre que estigui integrat en l'àmbit de domini social. El treballador ha d'actuar «per compte i en profit» de la societat.¹⁶

El supòsit previst en l'art. 31 bis 1, incís 2 CP és un cas de responsabilitat de la persona jurídica per *omissió del deure vigilància*. En pura hipòtesi, aquesta ommissió podria ser dolosa o imprudent (*culpa in vigilando*). No obstant això, la *responsabilitat imprudent* de la societat és problemàtica. D'una banda, ha d'advertir-se que el Codi penal preveu un sistema de *numerus clausus* d'incriminació de la imprudència (art. 12 CP) i que ni en l'art. 31 bis 1, incís 2 CP ni en els corresponents preceptes de la part especial es fa referència expressa al fet que la persona jurídica pugui respondre per la comissió de delictes imprudents. Per una altra, tant en l'art. 31 bis com en els respectius articles de la part especial el *marc penal és únic*. Així doncs, si la societat pogués respondre per comportaments tant dolosos com a imprudents es produiria una evident *vulneració del principi de proporcionalitat*. A més, el precepte tampoc distingeix entre imprudència lleu i greu. En relació amb aquest particular hi ha dues alternatives interpretatives. La primera és excloure del pre-

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

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

cepte els supòsits de responsabilitat imprudent. La segona consisteix a admetre'ls, però únicament quan es tracti d'*imprudència greu*.¹⁷

És qüestionable, en aquest context, si pot arribar a eximir de responsabilitat penal a l'empresa el fet que la societat disposi d'un *programa de prevenció de delictes*. L'art. 31 bis 1, incís 2 CP obliga a analitzar la qüestió «ateses les concretes circumstàncies del cas». Cal preguntar-se, d'aquesta manera, si la societat havia adoptat mesures idònies per prevenir la comissió de delictes com el que efectivament s'ha produït en el cas concret. A diferència del que succeeix en altres ordenaments jurídics (per exemple, l'italià), el legislador espanyol no es pronuncia expressament sobre aquest particular. A fi que l'existència del programa serveixi per eximir de responsabilitat penal a l'empresa ha de tractar-se, en primer lloc, d'un programa que tingui per objecte evitar aquells delictes pels quals el Codi penal preveu la responsabilitat penal de la societat (per exemple, no un programa antifrau que persegueixi evitar desfalcs *en perjudici* de l'empresa). A més, ha d'acreditar-se com a *objectivament idoni* per evitar delictes de la mateixa naturalesa del succeït, encara que en el cas concret hagi estat burlat com a conseqüència de la incorrecta execució del pla per part d'un quadre intermedi, o de qualsevol treballador de l'empresa. Finalment, ha de ser dissenyat, i el seu compliment supervisat, per un òrgan de control (a l'estil de *Organismo di Vigilanza* del dret italià) coordinat per agents suficientment autònoms i independents (com el *Compliance Officer* anglosaxó).¹⁸

No obstant això, ha d'advertir-se que quan el precepte es refereix al no exercici sobre els empleats del degut control sembla al·ludir, en realitat, no a la societat mateixa, sinó a les persones a les quals es troben sotmesos els empleats que haurien comès el delicte, és a dir, als representants legals i als administradors de dret o de fet. Segons un sector de la doctrina, en la petita empresa la manca de control degut l'empresa pot confondre's fàcilment amb la imprudència dels administradors. Aquesta circumstància podria generar una situació de *bis in idem*. A causa d'això, aquest sector doctrinal es mostra partidari de *lege ferenda* d'un sistema de responsabilitat exclusivament de la *mitjana i gran empresa*.¹⁹

2.4 AUTONOMIA DE LA RESPONSABILITAT PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA DE LA RESPONSABILITAT DE L'AUTOR DEL DELICTE (ART. 31 BIS 2 I 3 CP)

L'*art. 31 bis 2, incís 1 CP* desvincula la responsabilitat penal de la persona jurídica de la pròpia de la persona física que comet el delicte. Sempre que concorrin els presupòsits previstos en l'art. 31 bis 1 CP, la societat respondrà encara que la concreta persona física responsable no hagi estat individualitzada o no hagi estat possible dirigir el procediment contra ella. Un sector de la doctrina interpreta aquesta circumstància com un indicador que el legislador podria haver optat per

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

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

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

un model d'*autorresponsabilitat* de l'empresa. No obstant això, l'*incís 2* del precepte torna a vincular la responsabilitat de la persona jurídica amb la de la física en establir una regla de compensació de la responsabilitat de la societat amb la de l'autor del delictes. La regla, que únicament serà aplicable quan la pena imposada sigui de multa, persegueix evitar situacions de *bis in idem* en casos de petites empreses en les quals el capital de la persona jurídica i el de la persona física de l'administrador coincideixen substancialment.

D'altra banda, l'*art. 31 bis 3 CP* abunda en la idea que la responsabilitat penal de la societat no és accessòria de la de la persona física autora del delictes. El precepte declara que les circumstàncies que afectin la culpabilitat de l'acusat o agreugin la seva responsabilitat no són comunicables a la persona jurídica. El precepte es refereix tant a les circumstàncies objectives com a les personals. L'al·lusió a les «circumstàncies que afectin la culpabilitat de l'acusat» resulta equívoca. En sentit estricte, únicament les circumstàncies previstes en els art. 20.1 i 2 CP afecten la normalitat motivacional del reu. D'acord amb aquesta comprensió del concepte, tots aquells atenuants que no incideixin en la imputació personal (com, per exemple, les previstes en els art. 20.3 a 20.6 CP, inclosa el nou atenuant de dilacions indegudes) serien comunicables a la persona jurídica. A més, una interpretació contrari sensu de l'*art. 31.3* conduiria a entendre que en un supòsit hipotèticament imaginable de comportament justificat de la persona física representant de l'empresa aquesta no respondria amb pena. D'aquesta circumstància podria desprendre's la conclusió que la LO 5/2010 podria haver optat —de la mateixa manera que succeeix amb els intervinents persones físiques que es troben en una relació d'autoria-participació— per un *model d'accessorietat limitada* de la persona jurídica pel que fa a la persona física que actui en el seu nom o representació.

No obstant això, ha de concloure's que el legislador ha emprat el terme «culpabilitat» en un sentit més ampli, tal com succeeix, per exemple, en l'*art. 65.3 CP*. No en va, l'*art. 31 bis 4 CP* estableix que només podran considerar-se circumstàncies atenuants de la responsabilitat penal de les persones jurídiques haver realitzat, amb posterioritat a la comissió del delictes i a través dels seus representants legals, alguna de les activitats previstes en aquest precepte. Tal eventualitat és considerada per l'*art. 31 bis 3 CP*, mitjançant la clàusula «sens perjudici del que es disposa en l'apartat següent». A més, l'*art. 31 bis 3 CP* estableix que la responsabilitat de la societat no s'exclou per la *defunció de l'autor* del delictes, o pel fet d'*haver-se sostret de l'acció de la justícia*. La referència a la causa d'exclusió de la responsabilitat criminal prevista en l'*art. 130.1 CP* permet deduir, contrari sensu, que la concurrència en l'autor d'altres causes (indult, prescripció del delictes o de la pena) sí exclourà la responsabilitat penal de les persones jurídiques. L'al·lusió a la *substracció a l'acció de la justícia* de l'autor del delictes és redundant, perquè quan aquesta substracció es produeixi no serà possible dirigir el procediment contra el reu, tal com disposa l'*art. 31 bis 2 CP*.

2.5 CIRCUMSTÀNCIES ATENUANTS (ART. 31 BIS 4 CP)

En l'*art. 31 bis 4 CP* es recull un *catàleg de circumstàncies atenuants de la responsabilitat penal de les persones jurídiques*. L'enumeració és tancada («només

podran considerar-se circumstàncies atenuants de la responsabilitat penal de les persones jurídiques»). És qüestionable si és possible aplicar analògicament *in bonam partem* altres circumstàncies atenuants. La finalitat politicocriminal de totes les atenuants previstes en l'art. 31 bis 4 CP és essencialment *promocional*: es tracta d'implicar la societat en l'*esbrinament dels fets* delictius comesos en el seu si, la *reparació del dany* que hagi provocat i l'*evitació de fets futurs* de naturalesa similar als produïts, oferint-li a canvi una atenuació de la pena. Per aconseguir-la, la societat haurà de realitzar determinades activitats *amb posterioritat a la comissió del delictes i a través dels seus representants legals*. Aquesta última exigència és innecessària en relació amb pràcticament totes les activitats previstes en el precepte. No té sentit, per exemple, exigir que qui aporti proves decisives per a l'esclarament dels fets i la reparació del dany causat a la víctima sigui *personalment* el legal representant de la societat.²⁰

Els atenuants previstos en les *lletres a) i c)* consisteixen en la *translació literal* a les persones jurídiques dels atenuants previstos per a les persones físiques en els art. 21.4 i 5 CP. Aquesta circumstància suscita el dubte de qui ha de ser la persona encarregada de confessar la infracció a les autoritats (*lletra a)* o reparar el dany (*lletra c)*. Literalment, el precepte exigeix que la societat realitzi la confessió o reperi el dany «a través dels seus representants legals». Aquesta circumstància exclou l'aplicació del precepte en supòsits en els quals l'activitat requerida sigui realitzada per treballadors (en el cas de confessió, aquesta activitat esdevindrà, en realitat, una denúncia a la societat) o, fins i tot, pels administradors. No obstant això, sembla clar que el fet que la confessió o la reparació hagin de realitzar-se «a través» de la representació legal de la societat no significa que hagi de ser necessàriament el representant qui la dugui a terme *en persona*.²¹

Els atenuants previstos en les *lletres b) i d)* són específiques per a persones jurídiques. En el cas de l'atenuant previst en la *lletra b)*, és dubtós què ha d'entendre's per proves «noves i decisives per esclarir les responsabilitats penals dimanants dels fets». Pot succeir, per exemple, que les proves aportades siguin noves però no decisives, perquè el valor probatori de les aportades per alguna part processal ja és suficient per a l'esclarament dels fets investigats. També pot succeir el contrari: que les proves siguin decisives però no noves, per haver aportat la societat proves ja aportades a la causa amb anterioritat per algun coacusat o alguna part acusadora. L'aportació del material probatori pot realitzar-se «en qualsevol moment del procés». Aquesta circumstància pot conduir al següent inconvenient. Normalment, la confessió de la infracció per part de la societat a través del seu representant serà un mitjà probatori «nou i decisiu», per la qual cosa en els casos de confessió *s'encavallaran els atenuants previstos en les lletres a) i b)*. Tenint en compte que perquè la confessió pugui desplegar efecte atenuant ha de ser realitzada «abans de conèixer que el procediment judicial es diri-

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

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

geix contra ella», l'atenuant de la lletra b) deixarà buida de contingut la prevista en la lletra a).²²

Pel que fa a l'atenuant recollit en la *lletra d)*, quan la Llei es refereix a l'establiment de mesures eficaces per prevenir i descobrir els delictes que en el futur poguessin cometre's amb els mitjans o sota la cobertura de la persona jurídica, sembla que al·ludeix a la implementació de *programes de prevenció penal*. El programa ha d'implementar-se després de la comissió del fet delictiu, i, en tot cas, *abans del començament del judici oral*. En tal cas, a més de per a l'aplicació de l'atenuant, l'existència del programa servirà per acreditar l'absència de perillositat de reiteració delictiva de la societat, a l'efecte d'evitar la imposició d'una pena interdictiva [art. 33.7 b) a g)] o de mesura cautelar (art. 33.7 in fine). En el cas que en el moment en què té lloc el fet delictiu la societat ja tingués en marxa tal programa, la persona jurídica podria quedar exempta de responsabilitat, per acreditar el compliment del «degut control» referit per l'art. 31 bis 1, par. II CP.²³

3. LA NOVA CIRCUMSTÀNCIA ATENUANT DE DILACIONS INDEGUEDES (ART. 21.6 CP)

La LO 5/2010 incorpora al CP l'atenuant de *dilacions indegudes*. La nova atenuant es troba en l'art. 21.6 CP i l'analògica passa al núm. 7 del precepte. La circumstància no estava prevista ni en l'Avantprojecte 2009, ni tampoc en el Projecte de reforma CP aprovat al Congrés dels Diputats.²⁴ Amb el nou núm. 6, el legislador tanca el pas a *altres possibles vies de reparació* de la vulneració del dret fonamental a un procés sense dilacions indegudes proposades fins ara per doctrina i jurisprudència.²⁵ Aquest és el cas, per exemple, de la declaració de nul·litat d'actuacions en casos de dilacions greus²⁶ o l'indult.²⁷

L'expressió «dilació indeguda» es refereix a la durada del procediment judicial fins a la seva finalització per sobre del raonable, o bé a la paralització del procediment a partir de determinat moment per causes atribuïbles a l'òrgan judicial o al sistema.²⁸ Quan això succeeix, es produeix una vulneració del *dret fonamental a un procés sense dilacions indegudes* (art. 24.2 CE). Per tal ha d'entendre's aquell procés que es desenvolupa «en condicions de normalitat dins del temps requerit i en el qual els interessos litigiosos poden rebre ràpida satisfacció».²⁹ El concep-

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

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

24. Va ser introduïda per la Comissió de Justícia del Congrés dels Diputats en la seva sessió de 23-4-2010.

25. ALCÁCER GUIRAO, «Dilaciones indebidas», a ORTIZ DE URBINA (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 28/7010. Sobre tot això, i ja en relació amb la reforma operada per la LO 5/2010, vid., a més a més, ÀLVAREZ GARCÍA, «La atenuante de dilaciones indebidas», a QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 29 ss.

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

27. Vid., per exemple, Acords del Pleno no Jurisdiccional TS 2-10-92 i 29-4-97.

28. En aquest sentit, per exemple, SSTS 556/06, 31-5; 1074/04, 18-10; 948/02, 8-7.

29. SSTC 43/1985; 324/1994.

te de dilacions indegudes ha de ser concretat en cada cas. Segons la jurisprudència del Tribunal Constitucional, els elements que han de ser tinguts en consideració són els següents: *grau de complexitat de la causa*, *marges de durada de procediments de similars característiques*, *comportament processal* de la part que demanda el reconeixement de dilacions indegudes i *actuació de l'òrgan judicial*.³⁰

La nova circumstància és la plasmació legal d'una pràctica jurisprudencial consolidada, que aplicava de forma unànime una *circumstància atenuant analògica de dilacions indegudes*. Aquesta jurisprudència va tenir el seu origen en l'Acord del Ple no jurisdiccional de la Sala 2^a del Tribunal Suprem de 21-5-99. L'Acord va modificar la doctrina establerta pels Acords del Ple no jurisdiccional de la Sala 2^a del Tribunal Suprem de 2-10-92 i 29-4-97, admetent l'aplicació de l'art. 9.10 ACP i art. 21.6 LO 10/1995 en casos de dilacions indegudes no imputables al condemnat, i que no donessin lloc a nul·litat d'actuacions (art. 238.3 LOPJ). Segons l'Acord de 21-5-99, l'atenuació de la pena en aquests casos tindria un *triple fonament*: a) *reparació judicial de la vulneració d'un dret fonamental*;³¹ b) *compensació de la culpabilitat del reu*, per la pèrdua il·legítima de drets que per al mateix reu suposen les dilacions indegudes;³² c) *menys necessitat de pena pel transcurs del temps*.³³ La doctrina majoritària entenia, amb raó, que aquesta línia jurisprudencial era *contrària al principi de legalitat*, perquè en els casos de dilacions indegudes no existia una altra circumstància respecte de la qual pogués predicar-se la «anàloga significació» exigida per la llei. El Tribunal Suprem partia, a més, d'un concepte de culpabilitat no coincident amb el previst en el CP.³⁴ La nova atenuant resoldrà aquest greu inconvenient.

Els quatre elements de l'atenuant són: a) dilació *extraordinària*; b) dilació indeguda en la *tramitació del procediment*; c) *no atribuïble al propi inculpat*; d) *falta de proporció amb la complexitat de la causa*.³⁵ Els quatre elements són exigits expressament pel Tribunal Constitucional per al concepte de dilació indeguda constitucionalment rellevant.³⁶

- a) Es produirà una dilació «extraordinària» quan se superi sobradament la durada habitual d'un procediment de similar naturalesa. En res obsta l'anterior que es tracti de dilacions motivades per raons estructurals (deficièn-

30. Vid., per totes, STC 100/1996, 11-6.

31. Es van fer resó d'aquest fonament, per exemple, les SSTS 115/05, 31-1; 1506/04, 21-12; 1363/04, 29-11.

32. STS 988/06, 10-10.

33. STS 742/03, 22-5.

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

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

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

cies organitzatives dels jutjats, inasumible volum de treball, etc.).³⁷ En qualsevol cas, queden excloses del concepte les dilacions consistents en el simple incompliment dels terminis processals previstos per al dictat de resolucions o actes de tramitació.³⁸

- b) La «tramitació del procediment» s'inicia quan el reu adquireix la condició d'imputat i finalitza amb la resolució judicial ferma que posi fi a la via penal. Si es tracta d'una resolució dictada en segona instància i les dilacions indegudes es produeixen en la tramitació del recurs, l'atenuant podrà ser acordada d'ofici.³⁹ En cas contrari, l'actor podria sol·licitar la nul·litat d'actuacions (art. 241 LOPJ).
- c) Cal, a més, que la dilació indeguda «no sigui atribuïble al propi inculpat». Ho és, per exemple, quan l'inculpat es troba en rebel·lia o deixa de comparèixer a crides judicials,⁴⁰ no atén requeriments judicials o es retarda en la devolució de la causa original. Quan les dilacions siguin en part atribuïbles a l'inculpat, però també a tercers (òrgan judicial, restants parts processals), el jutge haurà de ponderar les causes concurrents, i decidir quins prevalen, amb vista a determinar si aprecia o no l'atenuant. Segons la jurisprudència majoritària, perquè les dilacions siguin atribuïdes a l'inculpat, cal que hagin estat provocades per ell i no n'hi ha prou, per tant, amb el simple fet de no haver denunciat davant l'òrgan judicial les provocades per un tercer.⁴¹ En contra del que exigeix un sector jurisprudencial,⁴² la redacció de l'art. 21.6 no imposa que la dilació hagi estat provocada per l'òrgan judicial. S'inclouen, per tant, els casos de retard extraordinari del procediment per la tramitació d'una qüestió d'inconstitucionalitat o per l'actuació d'una altra part processal.⁴³
- d) Finalment, la dilació extraordinària no guardarà «proporció amb la complexitat de la causa» quan, atenent a la major o menor dificultat dels actes processals pendents de dictar-se, existeixi alguna paralització del procediment sense justificació processal.

Quant a la *comunicabilitat de l'atenuant*, el seu caràcter objectiu la fa extensible a tercers coinculpatos que no l'hagin al·legat, sempre que les dilacions no li siguin atribuïbles.⁴⁴

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

38. STC 100/1996, 11-6.

39. STS 1078/09, 5-11.

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

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

42. SSTS 1336/05, 2-2.

43. STC 100/1996, 11-6.

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

4. NOVETATS EN LA CIRCUMSTÀNCIA AGREUJANT DE MOTIUS RACISTES O DISCRIMINATORIS (ART. 22.4 CP)

La LO 5/2010 ha introduït *dues importants modificacions* en l'agreujaent de motius racistes o discriminatoris (art. 22.4 CP). D'una banda, la reforma introdueix la motivació discriminatòria *per identitat de gènere*, amb l'objecte de donar cobertura als casos de discriminació de les persones transexuales (transfòbia). Aquests casos no eren subsumibles en el mòbil discriminatori per motiu de «sexe o orientació sexual». Per una altra, se substitueix el terme «minusvalidesa» per «*discapacitat*», concepte de major tradició en Dret comparat. La reforma, no obstant això, no introdueix altres modificacions suggerides per la doctrina.⁴⁵

5. MODIFICACIONS EN LES PENES PRIVATIVES DE LLIBERTAT

5.1 PRESÓ

5.1.1 Període de seguretat (art. 36.2 CP)

Segons disposa l'*art. 36.2 CP*, «[q]uan la durada de la pena de presó imposada sigui superior a cinc anys, el jutge o tribunal podrà ordenar que la classificació del condemnat en el tercer grau de tractament penitenciari no s'efectuï fins al compliment de la meitat de la pena imposada. En qualsevol cas, quan la durada de la pena de presó imposada sigui superior a cinc anys i es tracti dels delictes enumerats a continuació, la classificació del condemnat en el tercer grau de tractament penitenciari no podrà efectuar-se fins al compliment de la meitat de la mateixa pena: a) delictes referents a organitzacions i grups terroristes i delictes de terrorisme del capítol VII del títol XXII del llibre II d'aquest Codi; b) delictes comesos en el si d'una organització o grup criminal; c) delictes de l'article 183; d) delictes del capítol V del títol VIII del llibre II d'aquest Codi, quan la víctima sigui menor de tretze anys. El jutge de vigilància, previ pronòstic individualitzat i favorable de reinserció social i valorant, si escau, les circumstàncies personals del reu i l'evolució del tractament reeducador, podrà acordar raonadament, sentits el Ministeri».

La LO 5/2010 *ha eliminat el caràcter automàtic de l'aplicació del període de seguretat*. Disposa l'*art. 36.2 CP*: «Quan la durada de la pena de presó imposada sigui superior a cinc anys, el jutge o tribunal podrà ordenar que la classificació del condemnat en el tercer grau de tractament penitenciari no s'efectuï fins al compliment de la meitat de la pena imposada».⁴⁶ L'obligatorietat es manté únicament per als casos indicats expressament en el nou par. 2 de l'*art. 36.2 CP*, i sempre que la pena imposada superi els cinc anys. Segons el nou *art. 36.2.2 CP*, «[e]n

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

46. Negreta afegida.

qualsevol cas, quan la durada de la pena de presó imposada sigui superior a cinc anys i es tracti dels delictes enumerats a continuació, la classificació del condemnat en el tercer grau de tractament penitenciari no podrà efectuar-se fins al compliment de la meitat de la mateixa pena: a) delictes referents a organitzacions i grups terroristes i delictes de terrorisme del capítol VII del títol XXII del llibre II d'aquest Codi; b) delictes comesos en el si d'una organització o grup criminal; c) delictes de l'article 183; d) delictes del capítol V del títol VIII del llibre II d'aquest Codi, quan la víctima sigui menor de tretze anys.» La doctrina dominant qüestiona el caràcter (ara parcialment) automàtic del període de seguretat per considerar-ho incoherent amb el sistema d'individualització científica de la pena previst en la LOGP.⁴⁷

Quan l'intern es trobi en *tercer grau penitenciari* i rebi notificació de nova responsabilitat, el jutge de vigilància penitenciària podrà acordar, segons el cas, el *retorn del subjecte a segon grau*, previ informe de la junta de tractament, o bé l'aplicació del règim general (art. 36.2, par. 2 *in fine*: «El jutge de vigilància, previ pronòstic individualitzat i favorable de reinserció social i valorant, si escau, les circumstàncies personals del reu i l'evolució del tractament reeducador, podrà acordar raonadament, escoltats el Ministeri Fiscal, institucions penitenciàries i les altres parts, l'aplicació del règim general de compliment, excepte en els supòsits continguts en el paràgraf anterior»).

5.1.2 Abonament de la presó provisional (art. 58.1 CP)

El *nou art. 58.1 CP* disposa que «[e]l temps de privació de llibertat sofert provisionalment serà abonat íntegrament pel jutge o tribunal sentenciador per al compliment de la pena o penes imposades en la causa en què aquesta privació va ser acordada, excepte quan hagi coincidit amb qualsevol privació de llibertat imposada al penat en una altra causa, que li hagi estat abonada o li sigui abonable en ella. *En cap cas un mateix període de privació de llibertat podrà ser abonat en més d'una causa*». La inclusió d'aquesta última clàusula resol definitivament el debat sobre si el temps de presó provisional podria ser abonat en dues causes diferents (aquella per la qual compleix privació de llibertat i una altra per la qual ja es trobaria privat de llibertat complint condemna).⁴⁸

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

48. A favor de la conformitat amb la Constitució Espanyola del doble abonament s'havia mostrat la STC 57/2008, 28-4. Crítica amb aquesta resolució es va mostrar, en canvi, la STS 1391/09, 10-12. Sobre tot això vid. BACH FABREGÓ / GIMENO JUBERO, «Clases y contenido de penas y ejecución de las penas», a QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 87 ss.

5.1.3 Substitució de penes de presó no superiors a un any per multa o treballs en benefici de la comunitat (art. 88.1 CP)

Al costat de la possibilitat de substituir penes de presó no superiors a un any per multa o treballs en benefici de la comunitat, la LO 5/2010 introdueix en l'art. 88.1 CP també la que pugui ser substituïda per localització permanent, sempre que es tracti de penes de presó que no excedeixin de sis mesos. En aquest últim cas, cada dia de presó equivaldrà a un dia de localització permanent. En cas que el subjecte hagués estat condemnat per un delicte relacionat amb la violència de gènere, la pena de presó podrà ser substituïda no només per la de treballs en benefici de la comunitat (com fins a la LO 5/2010), sinó també per «localització permanent en lloc diferent i separat del domicili de la víctima».

5.1.4 Substitució de pena privativa de llibertat per expulsió d'estrangers no residents legalment a Espanya (art. 89 CP)

D'acord amb la redacció de l'art. 89 CP ex LO 5/2010:

1. Les penes privatives de llibertat inferiors a sis anys imposades a un estranger no resident legalment a Espanya seran substituïdes en la sentència per la seva expulsió del territori espanyol, tret que el jutge o tribunal, prèvia audiència del penat, del Ministeri Fiscal i de les parts personades, de forma motivada, aprecii raons que justifiquin el compliment de la condemna en un centre penitenciari a Espanya. També podrà acordar-se l'expulsió en acte motivat posterior, prèvia audiència del penat, del Ministeri Fiscal i de les altres parts personades.

2. L'estranger no podrà tornar a Espanya en un termini de cinc a deu anys, comptats des de la data de la seva expulsió, ateses la durada de la pena substituïda i les circumstàncies personals del penat.

3. L'expulsió comportarà l'arxiu de qualsevol procediment administratiu que tingué per objecte l'autorització per residir o treballar a Espanya.

4. Si l'estranger expulsat tornés a Espanya abans de transcórrer el període de temps establert judicialment, complirà les penes que van ser substituïdes. No obstant això, si fos sorprès a la frontera, serà expulsat directament per l'autoritat governativa, començant a computar-se de nou el termini de prohibició d'entrada en la seva integritat.

5. Els jutges o tribunals, a instàncies del Ministeri Fiscal i prèvia audiència del penat i de les parts personades, acordaran en sentència, o durant la seva execució, l'expulsió del territori nacional de l'estranger no resident legalment a Espanya, que hagués de complir o estigués complint qualsevol pena privativa de llibertat, per al cas que hagués accedit al tercer grau penitenciari o complert les tres quartes parts de la condemna, tret que prèvia audiència del Ministeri Fiscal i de forma motivada aprecii raons que justifiquin el compliment a Espanya.

6. Quan, en acordar-se l'expulsió en qualsevol dels supòsits previstos en aquest article, l'estranger no es trobi o no quedi efectivament privat de llibertat en execució de la pena imposada, el jutge o tribunal podrà acordar, amb la finalitat d'assegurar

l'expulsió, el seu ingrés en un centre d'internament d'estrangers, en els termes i amb els límits i garanties prevists en la Llei per a l'expulsió governativa. En tot cas, si acordada la substitució de la pena privativa de llibertat per l'expulsió, aquesta no pogués portar-se a efecte, es procedirà a l'execució de la pena originàriament imposada o del període de condemna pendent, o a l'aplicació, si escau, de la suspensió de la seva execució o la seva substitució en els termes de l'article 88 d'aquest Codi.

7. Les disposicions establertes en els apartats anteriors no seran aplicables als estrangers que haguessin estat condemnats per la comissió de delictes al fet que es refereixen els articles 312, 313 i 318 bis d'aquest Codi».

A diferència del que succeïa abans de la reforma, després de la LO 5/2010 és possible acordar la substitució per expulsió de qualsevol pena privativa de llibertat (art. 89.5 CP). No obstant això, amb la reforma *l'expulsió ja no és aplicable de forma automàtica, sinó facultativa*. Com a conseqüència de la reforma, ara cal realitzar una audiència prèvia en la qual ha de comprovar-se si el penat té *arrelament a Espanya*. En aquest cas podrà no procedir-se a la seva expulsió. En aquesta audiència prèvia s'escoltarà el penat, el Ministeri Fiscal i les restants parts personades. Aquest requisit era exigit per la jurisprudència abans de la reforma, en que el propi Tribunal Suprem va anomenar «relectura constitucionalitzada del precepte».⁴⁹ No n'hi ha prou, per tant, amb que el reu sigui escoltat en el moment en allò que presta la seva declaració en el judici oral, ni tampoc quan exerceixi el seu dret a l'última paraula. Per «raons que justifiquin el compliment de la condemna en un centre penitenciari a Espanya» han d'entendre's no només les objectives relatives al delicte, sinó, molt particularment, les personals i familiars del subjecte.⁵⁰ L'expulsió podrà acordar-se en la mateixa sentència o en acte posterior, exigit expressament la reforma que ambdós estiguin suficientment «motivats». La referència a la possibilitat que l'expulsió sigui acordada mitjançant acte «posterior» a la sentència condemnatòria tanca el debat sobre si hi havia o no aquesta possibilitat en execució de sentència.⁵¹

Quant al *termini de la prohibició de retorn a territori espanyol*, amb la LO 5/2010 el termini únic de deu anys se substitueix per un que pot anar dels cinc als deu (art. 89.2 CP), depenent de la durada de la pena substituïda i de les circumstàncies personals del subjecte. Entre aquestes últimes ha de ser tinguda en consideració, especialment, el seu arrelament. D'acord amb l'art. 45 RD 2393/2004, aquest haurà d'apreciar-se quan la permanència del subjecte a Espanya sigui continuada, no existeixin antecedents penals a Espanya o al seu país d'origen, tingui un contracte

49. Vid., en este sentido, la emblemática STS 710/05, 7-6. Van seguir aquesta línia jurisprudencial, entre otras altres resolucions de la jurisprudència menor, les SSAP Tarragona 2ª, 470/09, 13-7; 29/09, 19-1; Barcelona 20ª, 804/06, 11-10; 2ª, 793/06, 19-9.

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

51. A favor d'aquesta possibilitat es va pronunciar la Circ. FGE 2/2006. En contra, en canvi, la STC 145/06, 8-5.

de treball de certa durada i, finalment, siguin acreditats vincles familiars i domicili conegut.⁵²

En cas de *trencament de la prohibició de retorn a Espanya*, a diferència del que succeïa en el text anterior, que només preveia la devolució del subjecte per part de l'autoritat governativa, després de la reforma hi ha dos supòsits (art. 89.4 CP). Si fos sorprès a la frontera, serà expulsat directament per l'autoritat governativa, començant a computar-se de nou el termini de prohibició d'entrada en la seva integritat. Si l'estranger expulsat tornés a Espanya abans de transcórrer el període de temps establert judicialment, complirà les penes que van ser substituïdes, sense que es prevegi mecanisme corrector de la pena o de compensació pel temps de substitució efectivament complert.⁵³ En aquest cas, desapareix la prohibició de suspensió o substitució de la pena prevista amb anterioritat a la reforma.⁵⁴

5.2 LOCALITZACIÓ PERMANENT (ART. 37.1 CP)

Segons el *nou art. 37.1 CP*, «la localització permanent tindrà una durada de fins a sis mesos. El seu compliment obliga el penat a romandre al seu domicili o en lloc determinat fixat pel jutge en sentència o posteriorment en acte motivat. No obstant això, en els casos en els quals la localització permanent estigui prevista com a pena principal, atenent a la reiteració en la comissió de la infracció, i sempre que així ho disposi expressament el concret precepte aplicable, el jutge podrà acordar en sentència que la pena de localització permanent es compleixi els dissabtes, diumenges i dies festius en el centre penitenciari més proper al domicili del penat». Vàries són les modificacions introduïdes per la LO en el precepte.⁵⁵

D'una banda, s'amplia a sis mesos el límit màxim de la pena, que abans de la reforma era escassament de dotze dies. Amb això, la localització permanent de tres mesos i un dia a sis mesos passa a ser pena greu (art. 33.3 l) CP), i la d'un dia a tres mesos pena lleu (art. 33.4 g) CP).

Pel que fa al *lloc de compliment*, el nou precepte disposa que podrà ser determinat tant en sentència com en acte posterior, havent de ser ambdós motivats. A més, la LO 5/2010 introdueix la possibilitat que, en determinats casos (singularment de reiteració delictiva), la localització permanent es compleixi en centre penitenciari.

Perquè això últim tingui lloc, és necessari «que així ho disposi expressament el concret precepte aplicable». L'únic precepte en què això succeeix és l'art. 623.1 CP (comissió reiterada de faltes de furt). D'acord amb el mateix, «[e]ls que cometin

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

53. Realitza aquesta observació, amb encert, VELÁZQUEZ VIOQUE, a ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 32/7823.

54. Ja abans de la reforma aquesta solució havia estat convalidada per l'ATC 132/2006, 4-4, FJ 2°.

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

furt, si el valor del furtat no excedís de 400 euros. En els casos de perpetració reiterada d'aquesta falta, s'imposarà en tot cas la pena de localització permanent. En aquest últim supòsit, el jutge podrà disposar en sentència que la localització permanent es compleixi en dissabtes, diumenges i dies festius en el centre penitenciari més proper al domicili del penat, d'acord amb el disposat en el paràgraf segon de l'article 37.1. Per apreciar la reiteració, s'atendrà al nombre d'infraccions comeses, hagin estat o no jutjades, i a la seva proximitat».

6. MODIFICACIONS EN LES PENES PRIVATIVES D'ALTRES DRETS

6.1 INHABILITACIONS I TREBALLS EN BENEFICI DE LA COMUNITAT

Disposa l'*art. 46 CP* que «[[Ja inhabilitació especial per a l'exercici de la pàtria potestat, tutela, curatela, guarda o acolliment, priva el penat dels drets inherents a la primera, i suposa l'extinció de les altres, així com la incapacitat per obtenir nomenament per a aquests càrrecs durant el temps de la condemna. *La pena de privació de la pàtria potestat implica perdre'n la titularitat, subsistint els drets dels quals sigui titular el fill respecte del penat.* El jutge o tribunal podrà acordar aquestes penes respecte de tots o algun dels menors o *incapaços* que estiguin a càrrec del penat, en atenció a les circumstàncies del cas. A l'efecte d'aquest article, la pàtria potestat comprèn tant la regulada en el Codi civil, incloses la prorrogada, com les institucions anàlogues previstes en la legislació civil de les comunitats autònomes».⁵⁶

D'acord amb l'*art. 49 CP*, els treballs en benefici de la comunitat, que no podran imposar-se sense el consentiment del penat, l'obliguen a prestar la seva cooperació no retribuïda en determinades activitats d'utilitat pública, que podran consistir, en relació amb delictes de similar naturalesa a la comesa pel penat, en labors de reparació dels danys causats o de suport o assistència a les víctimes, *així com en la participació del penat en tallers o programes formatius o de reeducació, laborals, culturals, d'educació vial, sexual i uns altres similars.* La seva durada diària no podrà excedir de vuit hores i les seves condicions seran les següents (...).»⁵⁷

6.2 MULTA

Pel que fa a la pena de multa, en el règim de dies-multa, la incorporació de la responsabilitat penal de la persona jurídica implica la modificació tant de la seva extensió com de la quota diària. Així, segons el *nou art. 50.3 CP*, «[[Ja seva extensió mínima serà de deu dies i la màxima de dos anys. *Les penes de multa imposables*

56. En negreta les dues addicions realitzades al precepte, cap de les quals es trobava al Projecte.

57. L'incís destacat en negreta ha estat introduït per la LO 5/2010. Sobre aquesta novetat vid. TORRES ROSELL, «La pena de localización permanente y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad», a QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 95 ss.

a *persones jurídiques tindran una extensió màxima de cinc anys*». D'altra banda, l'art. 50.4 CP disposa que «la quota diària tindrà un mínim de dos i un màxim de 400 euros, *excepte en el cas de les multes imposables a les persones jurídiques, en les quals la quota diària tindrà un mínim de 30 i un màxim de 5.000 euros*».

S'introdueixen igualment en matèria de multa a persones jurídiques, les regles previstes en els art. 52.4 i 53.5 CP. Disposen el primer d'aquests preceptes:

En els casos en els quals aquest Codi preveu una pena de multa per a les persones jurídiques en proporció al benefici obtingut o facilitat, al perjudici causat, al valor de l'objecte, o a la quantitat defraudada o indegudament obtinguda, si no és possible el càlcul sobre la base de tals conceptes, el jutge o tribunal motivarà la impossibilitat de procedir a tal càlcul i les multes previstes se substituiran per les següents: a) Multa de dos a cinc anys, si el delicte comès per la persona física té prevista una pena de presó de més de cinc anys. b) Multa d'un a tres anys, si el delicte comès per la persona física té prevista una pena de presó de més de dos anys no inclosa en l'incís anterior. c) Multa de sis mesos a dos anys, en la resta dels casos).

Per la seva banda, l'art. 53.5 CP estableix que:

[p]odrà ser fraccionat el pagament de la multa imposada a una persona jurídica, durant un període de fins a cinc anys, quan la seva quantia posi probadament en perill la seva supervivència o el manteniment dels llocs de treball existents, o quan ho aconselli l'interès general. Si la persona jurídica condemnada no satisfés, voluntàriament o per via de constrenyiment, la multa imposada en el termini que s'hagués assenyalat, el tribunal podrà acordar la seva intervenció fins al pagament total de la multa.

7. NOVES REGLES DE DETERMINACIÓ DE LA PENA EN SUPÒSITS DE RESPONSABILITAT DE LA PERSONA JURÍDICA (ART. 66 BIS CP)

Al costat de l'art. 66 CP s'introdueix un nou precepte, l'art. 66 bis CP, que conté regles d'individualització de la pena específicament previstes per a les *persones jurídiques*. D'acord amb el nou precepte:

En l'aplicació de les penes imposades a les persones jurídiques s'ha d'atendre el que disposen les regles 1 a 4 i 6 a 8 del primer número de l'article 66, així com les següents:

1. En els supòsits en els quals vinguin establertes per les disposicions del Llibre II, per decidir sobre la imposició i l'extensió de les penes previstes en les lletres b) a g) de l'apartat 7 de l'article 33 haurà de tenir-se en compte:
 - a) La seva necessitat per prevenir la continuïtat de l'activitat delictiva o dels seus efectes.
 - b) Les seves conseqüències econòmiques i socials, i especialment els efectes per als treballadors.

- c) El lloc que en l'estructura de la persona jurídica ocupa la persona física o òrgan que va incomplir el deure control.

2. Quan les penes previstes en les lletres c) a g) de l'apartat 7 de l'article 33 s'imposin amb una durada limitada, aquesta no podrà excedir la durada màxima de la pena privativa de llibertat prevista per al cas que el delicte fos comès per persona física.

Per a la imposició de les sancions previstes en les lletres c) a g) per un termini superior a dos anys serà necessari que es doni alguna de les dues circumstàncies següents:

- a) Que la persona jurídica sigui reincident.
 b) Que la persona jurídica s'utilitzi instrumentalment per a la comissió d'il·lícits penals. S'entendrà que s'està davant aquest últim supòsit sempre que l'activitat legal de la persona jurídica sigui menys rellevant que la seva activitat il·legal.

Per a la imposició amb caràcter permanent de les sancions previstes en les lletres b) i j), i per a la imposició per un termini superior a cinc anys de les previstes en les lletres i) i f) de l'apartat 7 de l'article 33, serà necessari que es doni alguna de les dues circumstàncies següents:

- a) Que s'estigui davant el supòsit de fet previst en la regla 5 del primer número de l'article 66.
 b) Que la persona jurídica s'utilitzi instrumentalment per a la comissió d'il·lícits penals. S'entendrà que s'està davant aquest últim supòsit sempre que l'activitat legal de la persona jurídica sigui menys rellevant que la seva activitat il·legal».

8. LA NOVA MESURA DE SEGURETAT DE LLIBERTAT VIGILADA (ART. 96.3ª CP)

Després de la LO 5/2010, el sistema de mesures de seguretat privatives de llibertat roman inalterat. No ocorre el mateix, en canvi, amb les mesures de seguretat no privatives de llibertat. Després de la reforma, les mesures de seguretat no privatives de llibertat que poden imposar-se són (*art. 96.3 CP*):

- La inhabilitació professional.
- L'expulsió del territori nacional d'estrangers no residents legalment a Espanya.
- *La llibertat vigilada.*
- La custòdia familiar. El sotmès a aquesta mesura quedarà subjecte a la cura i vigilància del familiar que es designi i que accepti la custòdia, qui l'exercirà en relació amb el jutge de vigilància penitenciària i sense menyscar de les activitats escolars o laborals del custodiat.
- La privació del dret a conduir vehicles a motor i ciclomotors.
- La privació del dret a la tinença i port d'armes.

Especial rellevància té, referent a això, la incorporació al Codi penal d'una nova mesura de seguretat no privativa de llibertat: la *llibertat vigilada* (art. 96.3 CP). La nova mesura, present en altres ordenaments de Dret comparat (Alemanya, Itàlia, EUA) i llargament reclamada per un sector doctrinal, neix amb la vocació de constituir una mesura de seguretat aplicable no només a inimputables o semiimputables, sinó també a imputables perillosos de criminalitat greu amb posterioritat al compliment d'una pena privativa de llibertat. Després de la reforma, la llibertat vigilada esdevé l'única mesura de seguretat aplicable tant a imputables com a inimputables i semiimputables. En el cas dels primers, la llibertat vigilada podrà durar fins a deu anys, en el dels segons fins a cinc.

El seu fonament ha de veure's en la necessitat d'articular solucions addicionals a la pena en *supòsits d'especial gravetat en els quals la pena no resulta suficient per excloure un elevat risc de reincidència* amb l'objecte de garantir raonablement la seguretat de la resta de ciutadans.

En la seva actual configuració, la llibertat vigilada suposa, en essència, una refundició de mesures no privatives de llibertat existents amb anterioritat, al costat d'algunes regles de conducta o obligacions noves. D'aquesta manera, desapareixen com a mesures autònomes les previstes en els art. 96.3.3, 4, 5, 9, 10, 11 i 12 CP, que passen a integrar-se com a regles de conducta, al costat d'altres mesures noves, en la localització permanent. Subsisteixen de forma autònoma les restants mesures de seguretat no privatives de llibertat.

Els *dos supòsits* en els quals es preveu l'aplicació de la llibertat vigilada a subjectes imputables es troben previstos en els art. 192.1 (delictes contra la llibertat sexual) i 579.3 CP (delictes de terrorisme). En ambdós preceptes, el legislador reformista estableix que als condemnats a pena de presó per un o més delictes contra la integritat i indemnitat sexuals o de terrorisme se'ls imposarà a més la mesura de llibertat vigilada, que s'executarà amb posterioritat a la pena privativa de llibertat. La durada d'aquesta mesura serà de cinc a deu anys, si algun dels delictes fos greu, i d'un a cinc anys, si es tracta d'un o més delictes menys greus. En aquest últim cas, quan es tracti d'un sol delicte comès per un delinqüent primari, el tribunal podrà imposar o no la mesura de llibertat vigilada en atenció a la menor perillositat de l'autor. Crida l'atenció l'heterogeneïtat d'ambdues tipologies de delinqüents (sexuals i terroristes), així com l'absència d'altres tipologies de delinqüents hipotèticament idonis en relació amb la mesura que ens ocupa (p. ex., violència de gènere). D'altra banda, tenint en compte que en els delictes de terrorisme poden ser imposades penes de presó de fins a 40 anys, la imposició d'una mesura de seguretat de llibertat vigilada de compliment posterior la durada del qual seria de fins a 10 anys podria ser difícilment compatible amb la finalitat resocialitzadora de penes i mesures de seguretat (art. 25.2 CE).

Segons la doctrina, per «delinqüent primari» a aquests efectes ha d'entendre's tot aquell subjecte que: a) no hagi estat condemnat amb anterioritat per la comissió d'un delicte; b) hagi estat condemnat per algun delicte de diferent naturalesa; c) hagi estat condemnat per un delicte contra la llibertat sexual o de terrorisme, però els seus antecedents penals ja estiguin cancel·lats.

La llibertat vigilada consistirà en la submissió del condemnat a control judicial mitjançant el compliment (si escau cumulatiu) d'alguna de les següents *regles de conducta* (art. 106.1 CP):

- a) L'obligació d'estar sempre localitzable mitjançant aparells electrònics que permetin el seu seguiment permanent.
- b) L'obligació de presentar-se periòdicament en el lloc que el jutge o tribunal estableixi.
- c) La de comunicar immediatament, en el termini màxim i pel mitjà que el jutge o tribunal assenyali a aquest efecte, cada canvi del lloc de residència o del lloc o lloc de treball.
- d) La prohibició d'absentar-se del lloc on resideixi o d'un determinat territori sense autorització del jutge o tribunal.
- e) La prohibició d'aproximar-se a la víctima, o a aquells dels seus familiars o altres persones que determini el jutge o tribunal.
- f) La prohibició de comunicar-se amb la víctima, o amb aquells dels seus familiars o altres persones que determini el jutge o tribunal.
- g) La prohibició d'acudir a determinats territoris, llocs o establiments.
- h) La prohibició de residir en determinats llocs.
- i) La prohibició d'exercir determinades activitats que puguin oferir-li o facilitar-li l'ocasió per cometre fets delictius de similar naturalesa.
- j) L'obligació de participar en programes formatius, laborals, culturals, d'educació sexual o uns altres similars.
- k) L'obligació de seguir tractament mèdic extern, o de sotmetre's a un control mèdic periòdic.

Atenció especial mereix l'obligació d'estar sempre localitzable (art. 106.1 a) CP). Es tracta d'una regla de conducta nova. De manera anàloga al que disposa l'art. 48.4 CP, la localització del subjecte es realitzarà «mitjançant aparells electrònics que permetin el seu seguiment permanent». El precepte sembla referir-se a l'aplicació de la *tecnologia GPS (Global Positioning System)*. No, en canvi, a sistemes de contacte programat o sistemes de monitoratge mitjançant radiofreqüència, que únicament permeten detectar presències o absències domiciliàries, però no la localització permanent del subjecte.

També constitueix regla de conducta nova la prevista en l'art. 106.1 i) CP, consistent en la prohibició d'exercir determinades activitats. El fonament de la mesura és evitar la realització per part del subjecte de determinades activitats que poden facilitar-li la comissió de fets delictius. Així, per exemple, quan la mesura sigui imposada a un subjecte condemnat per un delictes contra la llibertat sexual amb víctima menor d'edat, la mesura podria consistir en la prohibició de realitzar activitats que impliquin un contacte directe amb menors, com fer de monitor d'activitats extraescolars, entrenador esportiu, etc.

Pel que fa a l'obligació de seguir tractament mèdic extern o de sotmetre's a un control mèdic periòdic (art. 106.1 k) CP), quan es tracti d'un subjecte imputable caldrà el consentiment, de conformitat amb el previst en l'art. 8 Llei

41/2002, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica. De manera correlativa, el rebuig del tractament no donarà lloc a un delictes de trencament de condemna (art. 100.3 CP).

El procediment d'imposició de la llibertat vigilada a subjectes imputables es troba previst en l'art. 106.2 CP. D'acord amb aquest precepte «el jutge o tribunal haurà d'imposar en la sentència la mesura de llibertat vigilada per al seu compliment posterior a la pena privativa de llibertat imposada sempre que així ho disposi de manera expressa aquest Codi. En aquests casos, almenys dos mesos abans de l'extinció de la pena privativa de llibertat, de manera que la mesura de llibertat vigilada pugui iniciar-se en aquest mateix moment, el jutge de vigilància penitenciària, pel procediment previst en l'article 98, elevarà l'oportuna proposta al jutge o tribunal sentenciador, que, conformement a aquest procediment, concretarà, sense perjudici de l'establert en l'article 97, el contingut de la mesura fixant les obligacions o prohibicions enumerades en l'apartat 1 d'aquest article que haurà d'observar el condemnat. Si aquest l'hagués estat a diverses penes privatives de llibertat que hagi de complir successivament, el disposat en el paràgraf anterior s'entendrà referit al moment en què conclogui el compliment de totes elles. Així mateix, el penat a qui s'hagués imposat per diversos delictes d'altres mesures de llibertat vigilada que, donat el contingut de les obligacions o prohibicions establertes, no poguessin ser executades simultàniament, les complirà de manera successiva, sense perjudici que el jutge o tribunal pugui exercir les facultats que li atribueix l'apartat següent».

El jutge o tribunal podrà modificar en endavant les obligacions i prohibicions imposades (art. 106.3 a) CP); reduir la durada de la llibertat vigilada o fins i tot posar fi a la mateixa en vista del pronòstic positiu de reinserció que consideri innecessària o contraproduent la continuïtat de les obligacions o prohibicions imposades (art. 106.3 b) CP); o deixar sense efecte la mesura (art. 106.3 c) CP), en funció del possible pronòstic reinserció del subjecte. Per a això haurà de tenir-se en compte l'evolució del subjecte i la probabilitat de reiteració delictiva.

Pel que fa a l'*incompliment d'una o diverses regles de conducta*, l'art. 106.4 CP disposa que «[e]n cas d'incompliment d'una o diverses obligacions el jutge o tribunal, a la vista de les circumstàncies concurrents i pel mateix procediment indicat en els nombres anteriors, podrà modificar les obligacions o prohibicions imposades. Si l'incompliment fos reiterat o greu, revelador de la voluntat de no sotmetre's a les obligacions o prohibicions imposades, el Jutge deduirà, a més, testimoniatge per un presumpte delictes de l'article 468 d'aquest Codi».

9. NOVETATS EN MATÈRIA DE CONSEQUÈNCIES ACCESSÒRIES

9.1 COMÍS

La LO 5/2010 introdueix nova regla per al comís en supòsits d'activitats delictives comeses en el marc d'una *organització o grup criminal o terrorista*, o d'un

delicte de *terrorisme*. La regla es recull en l'art. 127.1, par. 2 CP: «El jutge o tribunal haurà d'ampliar el decomís als efectes, béns, instruments i guanys procedents d'activitats delictives comeses en el marc d'una organització o grup criminal o terrorista, o d'un delicte de terrorisme. A aquests efectes s'entendrà que prové de l'activitat delictiva el patrimoni de totes i cadascuna de les persones condemnades per delictes comesos en el si de l'organització o grup criminal o terrorista o per un delicte de terrorisme el valor del qual sigui desproporcionat pel que fa als ingressos obtinguts legalment per cadascuna d'aquestes persones». Com a mesura complementària, es crea l'Oficina de Recuperació d'Actius (art. 367 LECr septies).

A més, la reforma comporta una nova regla sobre el *comís en casos de delicte imprudent*. Disposa referent a això l'art. 127.2 CP: «En els casos en què la llei prevegi la imposició d'una pena privativa de llibertat superior a un any per la comissió d'un delicte imprudent, el jutge o tribunal podrà acordar la pèrdua dels efectes que en proveguin i dels béns, mitjans o instruments amb què s'hagi preparat o executat, així com els guanys provinents del delicte, qualsevol que siguin les transformacions que haguessin pogut experimentar». La regla dóna compliment a la Decisió Marc 2005/212/JAI, relativa al decomís de productes, instruments i béns relacionats amb el delicte.

9.2 NOU CONTINGUT DE L'ART. 129 CP

Amb el nou règim de responsabilitat penal de la persona jurídica es redefineix l'àmbit d'aplicació art. 129 CP, que queda circumscrit als casos de delictes o faltes comesos en el si, amb la col·laboració, a través o per mitjà d'empreses, organitzacions, grups o qualsevol altra classe d'entitats o agrupacions de persones que, *pel fet de no tenir personalitat jurídica*, no estiguin compreses en l'article 31 bis d'aquest Codi (art. 129.1 CP). En aquests casos, el jutge o tribunal podrà imposar motivadament a aquestes empreses, organitzacions, grups, entitats o agrupacions una o diverses conseqüències accessòries a la pena que correspongui a l'autor del delicte, amb el contingut previst en els apartats c) a g) de l'article 33.7. Podrà també acordar la prohibició definitiva de dur a terme qualsevol activitat, encara que sigui lícita. Segons el nou art. 129.2 CP, «les conseqüències accessòries a les quals es refereix l'apartat anterior només podran aplicar-se a les empreses, organitzacions, grups o entitats o agrupacions que s'hi esmenten quan aquest Codi ho prevegi expressament, o quan es tracti d'algun dels delictes o faltes pels quals el mateix permet exigir responsabilitat penal a les persones jurídiques». D'acord amb l'apartat 3 del precepte, «la clausura temporal dels locals o establiments, la suspensió de les activitats socials i la intervenció judicial podran ser acordades també pel jutge instructor com a mesura cautelar durant la instrucció de la causa als efectes establerts en aquest article i amb els límits assenyalats en l'article 33.7».

10. NOVA REGULACIÓ DE LA PRESCRIPCIÓ DEL DELICTE

Quatre són, fonamentalment, les novetats introduïdes per la LO 5/2010 en la matèria:⁵⁸

- Modificació de l'àmbit d'aplicació de la regla de la *imprescriptibilitat* (art. 131.4 CP).
- Eliminació del termini de prescripció de tres anys, passant a prescriure als *cinc anys* els delictes que ho feien als tres (art. 131, par. 4 CP).
- Introducció d'una nova regla de determinació del termini de prescripció en cas de *concurso de delictes i de delictes connexos* (art. 131.5 CP).
- Modificació del règim d'*interrupció de la prescripció* (art. 132.2 CP).

10.1 MODIFICACIÓ DE L'ÀMBIT D'APLICACIÓ DE LA REGLA DE LA IMPRESCRIPTIBILITAT (ART. 131.4 CP)

La LO 5/2010 estén el règim de la *imprescriptibilitat*, previst fins a la seva entrada en vigor únicament per als «delictes de lesa humanitat i de genocidi i els delictes contra les persones i béns protegits en cas de conflicte armat», als delictes d'homicidi i assassinat terrorista («tampoc prescriuran els delictes de terrorisme, si haguessin causat la mort d'una persona»). Una interpretació sistemàtica dels art. 571 i 572.1 CP permet concloure que el resultat de mort al qual es refereix el nou art. 131.4 CP és el causat pels que actuïn «pertanyent, actuant al servei o col·laborant amb bandes armades, organitzacions o grups la finalitat dels quals sigui la de subvertir l'ordre constitucional o alterar greument la pau pública».

La tècnica emprada pel legislador en l'art. 131.4 CP condueix a importants problemes pràctics. Encara que la solució de la *imprescriptibilitat* dels delictes de referència pugui atendre's des de consideracions de necessitat preventiva general de pena, això no significa, no obstant això, que tots els delictes que es troben en les corresponents rúbriques mereixin ser declarats *imprescriptibles*. Pensi's, per exemple, en el delicte de negació o justificació del genocidi (art. 607.2 CP), castigat amb pena de presó d'un a dos anys,⁵⁹ o en el delicte d'ordre o realització d'actes contraris als tractats internacionals (art. 614 CP), castigat amb pena de presó de sis mesos a dos anys. A la vista d'aquestes penes, a falta de la previsió recollida en l'art. 131.4 CP els delictes de referència prescriurien als cinc anys. La pregunta és, llavors, si atenent a l'escassa gravetat de la pena prevista per a ambdós delictes, pot afirmar-se, raonablement, que aquestes infraccions són realment mereixedores de ser declarades *imprescriptibles*. La LO 5/2010 s'ha mostrat parcialment sensible a aquesta eventualitat. Ha exclòs del conjunt de delictes *imprescriptibles* el delicte de l'art. 614 CP, però no, en canvi, el de genocidi (art. 607.2 CP).

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

59. En aquest sentit RAGUÉS I VALLÉS, *La prescripción penal*, 2004, p. 94.

10.2 DESAPARICIÓ DEL TERMINI DE PRESCRIPCIÓ DE TRES ANYS (ART. 131, PAR. IV CP)

Una altra de les importants novetats de la LO 5/2010 en matèria de prescripció del delictes és l'ampliació del termini de prescripció dels delictes menys greus amb pena màxima inferior a tres anys de presó o inhabilitació. Fins a la LO 5/2010, el termini de prescripció previst per a aquests delictes era de tres anys (art. 131.5 CP), passant, com a conseqüència de la reforma, a *cinc anys*. D'aquesta manera, amb l'excepció dels delictes d'injúries i calúmnies, que segueixen prescrivint a l'any, i de les faltes, que segueixen fent-ho als sis mesos, el termini mínim de prescripció de les infraccions penals deixa de ser de tres anys, i passa a ser de cinc.

Aquest canvi desplegarà importants conseqüències en relació amb alguns delictes d'enorme transcendència pràctica, com, per exemple, l'estafa o l'apropiació indeguda. Fins a la LO 5/2010, aquests delictes prescrivien als tres anys, tret que concorregués algun dels elements típics accidentals prevists en l'art. 250 CP, o es tractés d'un delictes continuat, en aquest cas el termini de prescripció podia arribar als cinc anys. La raó fonamental que impulsa a la LO 5/2010 a estendre als delictes que prescrivien als tres anys el termini de prescripció dels cinc no és una altra —en paraules del propi preàmbul de la LO 5/2010— que la voluntat de revertir la *sensació subjectiva d'impunitat i desconfiança cap a l'Administració de justícia* que desperten en la col·lectivitat els casos d'aquells delictes que, a causa de la complexitat que sol comportar la seva investigació, en ocasions prescriuen amb anterioritat al fet que s'hagi iniciat el seu esbrinament i posterior persecució.

Aquesta justificació, no obstant això, no és plenament compartible. Pot acceptar-se sense objeccions que, en ocasions, el descobriment o investigació dels fets que constitueixen el substrat fàctic d'algunes de les constel·lacions delictives referides pel preàmbul (delictes urbanístics, alguns delictes contra l'Administració pública) pot ser extremadament complex. Si a això se suma que aquests delictes no sempre vénen acompanyats de penes particularment oneroses, la conseqüència serà que el seu termini de prescripció és, de vegades, considerablement escàs. No obstant això, que això succeeixi en ocasions no significa, de cap manera, que ho faci sempre. És obvi que no tots els delictes amb pena de presó inferior a tres anys consisteixen en infraccions «el descobriment i investigació de les quals poden no obstant això resultar extremadament complexos i dilatats». Pensi's, per exemple, en els delictes de lesions previstos en els art. 147.2 i 152.1 CP, furt (art. 234 CP), violència de gènere (art. 153.1, 171.4, 172.2 CP), amenaces (art. 169 ss. CP), coaccions (art. 172 CP), danys (art. 263 ss. CP) i un llarg etcètera de delictes la instrucció dels quals normalment no serà particularment complexa. Tot això hauria de conduir, com és lògic, a la previsió de terminis específics de prescripció, més amplis, per a aquestes constel·lacions delictives, sense que aquesta ampliació de terminis hagi d'estendre's a delictes que en absolut participen d'aquestes particularitats. Per aquest motiu, l'extensió del termini de prescripció de cinc anys a tots els delictes amb pena de presó inferior a cinc anys provocarà l'aplicació del mateix termini de prescripció a delictes de complexitat i gravetat molt diversa.

10.3 LA PRESCRIPCIÓ DEL DELICTE EN SUPÒSITS DE CONCURS D'INFRACCIONS I DE CONNEXITAT DELICTIVA (ART. 131.5 CP)

10.3.1 Casos de concurs d'infraccions

El Projecte incorpora a l'art. 131 CP un nou apartat. Es tracta de l'apartat 5, de conformitat amb el qual «[e]n els supòsits de concurs d'infraccions (...), el termini de prescripció serà el que correspongui al delicte més greu». La nova regla de determinació del termini de prescripció en els casos de concurs d'infraccions constitueix la plasmació legal d'un consolidat criteri jurisprudencial del Tribunal Suprem. D'acord amb aquest criteri, en els supòsits de referència el termini de prescripció dels delictes en concurs serà únic. Concretament, el termini corresponent al delicte de la relació concursal pel qual estigui prevista pena més greu. Encara que els jutges i tribunals no ho destaquen de forma expressa, de la pròpia lògica del criteri jurisprudencial que ens ocupa que també el *dies a quo*, és a dir, el dia en què ha d'entendre's comès el delicte a l'efecte de donar inici al còmput del termini de prescripció del conjunt delictiu, és únic, i es correspon amb el moment de consumació del delicte que té assignada pena més greu. Segons la jurisprudència, la raó per la qual en els casos de concurs de delictes el termini de prescripció ha de ser únic i comú per a totes les infraccions en concurs resideix en el fet que en aquests supòsits es produeix una unitat delictiva entre els diferents delictes en concurs, de tal manera que separar-los per determinar la prescripció o no de cadascun d'ells per separat resultaria completament artificiosos.⁶⁰

No obstant això, pot advertir-se fàcilment com la línia jurisprudencial que acaba de ser exposada no es refereix, en realitat, a totes les modalitats de concurs de delictes. Només s'al·ludeix al concurs medial i ideal de delictes, no, en canvi, al concurs real d'infraccions. Aquest fet és coherent amb l'argument relatiu a la unitat delictiva del conjunt d'infraccions, que per principi brilla per la seva absència en els casos de concurs real. I també amb el criteri del termini de prescripció únic corresponent al delicte més greu, perquè es correspon amb la regla de l'exasperació de la pena prevista per als casos de concurs medial i ideal de delictes en l'art. 77.2 CP. Tenint en compte que en aquests supòsits la pena aplicable és la corresponent a la meitat superior de la prevista per al delicte més greu, el Tribunal Suprem entén que el termini de prescripció del conjunt concursal serà, en coherència amb aquest criteri, el corresponent al delicte més greu, a computar des del moment en què tingui lloc la seva consumació.

El nou art. 131.5 CP, en convertir aquest criteri en dret positiu, resol el greu problema de legalitat que plantejava el fet que en els esmentats casos de concurs ideal o medial de delictes, la jurisprudència establís, en contra de reu, un termini de prescripció no previst legalment: el corresponent al delicte més greu. Com ja s'ha esmentat de forma repetida, en el Codi penal en vigor, el termini de prescripció del delicte es determina en l'art. 131.1 CP en funció de la major o menor gravetat de la

60. Clarament expressivas d'aquest punt de vista és, per exemple, la STS 706/07, 6-6.

pena prevista per al delictes, és a dir, en funció de la major o menor gravetat de la infracció. Fins a l'arribada de la LO 5/2010, les úniques excepcions als terminis previstos en aquest precepte eren les que es recollien en els restants apartats de l'art. 131 CP per a les faltes (art. 131.2 CP), els delictes amb pena composta (art. 131.3 CP) i els ja esmentats delictes imprescriptibles de lesa humanitat, genocidi i contra les persones i béns protegits en cas de conflicte armat (art. 131.4 CP). Quant a la determinació del *dies a quo*, les regles estan previstes en l'art. 132.1 CP, encara que únicament per als casos de delictes instantani, permanent, d'estat i continuat. Cap regla es trobava, en canvi, en relació amb els supòsits de concurs de delictes. D'aquesta manera, fins a l'entrada en vigor del nou art. 131.5 CP, la regla que ara ens ocupa constituïa un clar exemple d'analogia in malam partem. Analogia perquè la regla no estava prevista en la Llei, encara que s'aplicava per la suposada similitud entre els casos de concurs de delictes amb els de delictes continuat. I in malam partem perquè l'aplicació d'aquest criteri conduïa, de fet, a una prolongació del termini de prescripció del delictes menys greu previst en l'art. 131.4 CP.

No obstant això, també el nou art. 131.5 CP pot resultar problemàtic per diverses raons. En primer lloc, ha d'advertir-se que l'al·lusió als «supòsits de concurs d'infraccions» és prou àmplia com per comprendre en el seu tenor literal possible no només els casos de concurs ideal o medial de delictes, sinó també els de concurs real de delictes. Tanmateix, és evident que el fonament material de la regla de l'art. 131.5 CP, la suposada existència d'una unitat delictiva, podria concórrer en els casos de concurs medial o ideal, però mai en els de concurs real. Com és sabut, en aquesta classe de concurs de delictes es produeix una pluralitat de fets que donen lloc a una pluralitat de delictes.⁶¹ A causa d'això, no tindria cap sentit computar per separat els terminis de prescripció de cadascun dels delictes en joc. Amb altres paraules: si el que justifica l'existència d'un termini únic de prescripció i d'un únic *dies a quo* (els corresponents al delictes més greu) en els casos de concurs de delictes és, des del punt de vista de la jurisprudència del Tribunal Suprem —ara transformat en l'art. 131.5 CP—, l'existència d'una unitat d'acció delictiva, és inqüestionable que aquesta unitat no concorre, de cap manera, en els casos de concurs real de delictes.

La inclusió del concurs medial i el concurs ideal de delictes en l'art. 131.5 CP condueix a formular un altre interrogant: ¿Realment pot afirmar-se que en els casos de concurs medial de delictes existeix la unitat delictiva que pressuposa el precepte? En relació amb les consideracions del Tribunal Suprem sobre la naturalesa jurídica del concurs medial de delictes, segons les quals també en els casos de concurs medial de delictes es dona unitat d'acció entre el delictes mitjà i el delictes fi, ha d'afirmar-se de forma decidida que el concurs medial de delictes no és un concurs ideal, sinó un real. És cert que l'art. 77 CP disposa una regla de determinació de la pena comuna per al concurs ideal i el medial de delictes. Però això no significa que la naturalesa jurídica del concurs medial de delictes sigui la pròpia del concurs ideal. Es tracta d'un cas de concurs real al qual s'aplica la regla de determinació de la

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

pena per evitar un *bis in idem* parcial. En el concurs medial de delictes concorre una pluralitat de fets que dóna lloc a una pluralitat de delictes, amb l'única particularitat que els delictes es troben en una relació mitjà-fi. Com és sabut, l'existència o no d'unitat delictiva no pot decidir-se d'acord amb un criteri de caràcter exclusivament naturalístic, sinó amb un de naturalesa valorativa social. De conformitat amb aquest criteri, haurà de partir-se de la valoració social del fet des del punt de vista del context situacional o motivacional i preguntar-se si, a partir d'aquesta valoració, pot dir-se que el fet té una unitat d'acord amb el sentit que el legislador ha volgut donar al tipus corresponent. Un exemple clar d'unitat jurídica d'acció és el delicte continuat, pel qual, com ja s'ha indicat, l'art. 132.1 CP té prevista una regla específica per a la determinació del *dies a quo*.⁶² Per tot això, també en els casos de concurs medial de delictes, cadascun dels delictes en joc ha de prescriure per separat.⁶³

Certament, tenint en consideració la línia jurisprudencial del Tribunal Suprem de la qual l'art. 131.5 CP porta causa, és previsible que el nou precepte sigui aplicat per jutges i tribunals de tal manera que sigui extensible no només als casos en els quals més clarament concorre unitat d'acció, és a dir, els supòsits de concurs ideal de delictes, sinó també als casos de concurs medial. No obstant això, seria àmpliament preferible una interpretació restrictiva del precepte de referència que deixés excloure'n tots els casos de concurs real de delictes (també, per tant, els de concurs medial), i que es limités a estendre el seu àmbit d'aplicació, per tant, als casos de concurs ideal de delictes.

10.3.2 Casos de conexitat delictiva (art. 17 LECr)

El nou art. 131.5 CP disposa, a més, que «[e]n els supòsits de (...) infraccions connexes, el termini de prescripció serà el que correspongui al delicte més greu». Segons el que es disposa en l'art. 17 LECr, «considerin-se delictes connexos: 1. Les comeses simultàniament per dues o més persones reunides, sempre que aquestes estiguin subjectes a diversos jutges o tribunals ordinaris o especials, o que puguin estar-ho per l'índole del delicte. 2. Les comeses per dues o més persones en diferents llocs o temps si hagués precedit concert per a això. 3. Les comeses com a mitjà per perpetrar altres o facilitar la seva execució. 4. Les comeses per procurar la impunitat d'altres delictes. 5. Els diversos delictes que s'imputin a una persona en incoar-se contra la mateixa causa per qualsevol d'ells, si tinguessin analogia o relació entre si, segons el parer del tribunal, i no haguessin estat fins llavors sentenciats».

Una primera lectura del precepte permet advertir ja que en cap dels cinc casos de conexitat delictiva és necessària, ni tan sols indirectament, l'existència d'una unitat d'acció delictiva, en el sentit exigít per la jurisprudència i pressupost pel nou art. 131.5 CP per als casos de concurs d'infraccions. És obvi que la dels delictes connexos no és una categoria de naturalesa substantiva, sinó processal, que res-

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

63. També defensa aquest punt de vista RAGÜÉS I VALLÉS, *La prescripció penal*, 2004, pp. 190 s.

pon a la conveniència que en determinats supòsits no es crebanti l'anomenada continència de la causa. Doncs bé: és igualment evident que tal conveniència processal, que persegueix, així mateix, garantir el correcte esbrinament i posterior enjudiciament dels fets, gens té a veure amb el fonament de la prescripció del delicte. És a dir, la necessitat o no de pena d'un fet delictiu com a conseqüència del transcurs d'un determinat espai de temps des del moment en què es produeix la seva consumació.⁶⁴

De fet, tan sols en l'art. 17.1 LECr s'exigeix l'existència de proximitat temporal entre els diferents delictes connexos en joc. Resulta perfectament imaginable, per això, que dues persones es posin d'acord per cometre dos delictes, un cadascun d'ells (art. 17.2 LECr), o que es cometi un delicte per encobrir o garantir la impunitat d'un altre (art. 17.4 LECr), i que els respectius moments de consumació de cadascun d'ells estiguin tan separats en el temps que quan es produeixi la consumació del delicte més greu, el termini de prescripció del delicte menys greu ja hagi transcorregut. Així les coses, quin sentit té fer reviure aquest termini de prescripció, o, si es prefereix, mantenir-lo suspès en el temps de forma indefinida, quan sembla evident que, ja transcorregut, la necessitat preventiva de pena de la infracció ja hauria desaparegut?⁶⁵

10.4 MODIFICACIÓ DEL RÈGIM D'INTERRUPCIÓ DE LA PRESCRIPCIÓ DEL DELICTE

10.4.1 La problemàtica fins a la LO 5/2010

Abans de la reforma realitzada per la LO 5/2010, un dels aspectes més controvertits de la prescripció del delicte residia en la determinació del moment en què aquest termini ha d'entendre's interromput. Aparentment, la qüestió estava resolta en l'art. 132.2 CP. D'acord amb el tenor literal d'aquest precepte abans de la reforma, «[l]a prescripció s'interromprà, quedant sense efecte el temps transcorregut, quan el procediment es dirigeixi contra el culpable, començant a córrer de nou el termini de la prescripció des que es paralitzi el procediment o s'acabi sense condemna».

No obstant això, aquesta regla es trobava lluny de ser inequívoca. Una de les qüestions més dubtoses era la relativa a quan havia de concloure's que «el procediment es dirigeix contra el culpable». *Tres* eren les *postures* defensades en la doctrina i la jurisprudència referent a això.⁶⁶

64. Aquest punt de vista està avalat per la mateixa jurisprudència del Tribunal Supremo. En són exemple les SSTS 29-7-98, 12-5-99, 21-12-99 y 3-07-02.

65. En el mateix sentit RAGUÉS I VALLÉS, *La prescripción penal*, 2004, p. 192. D'altra opinió CONSEJO FISCAL, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, p. 73, que ja va sol·licitar la inclusió al Código penal de la regla que ara ens ocupa, amb suport en les SSTS 966/2004, 21-7 i 312/2006, 14-3.

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

- D'acord amb una primera interpretació, mantinguda per la moderna jurisprudència del Tribunal Suprem, perquè s'entengui que el «procediment es dirigeix contra el culpable» n'hi ha prou que s'hi presenti denúncia o querrel·la en contra.⁶⁷
- Segons un segon sector jurisprudencial, que es correspon amb el punt de vista més clàssic de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem i, en part, amb l'actual jurisprudència del Tribunal Constitucional, no n'hi ha prou per a la interrupció de la prescripció amb la presentació d'una denúncia o querrel·la, sinó que és necessari, a més, que aquesta denúncia hagi estat admesa a tràmit mitjançant el corresponent acte del jutge d'instrucció, i, si escau, l'acte d'incoació de la instrucció del procediment.⁶⁸
- Finalment, de conformitat amb una tercera opinió, la direcció del procediment contra el culpable té lloc únicament quan el subjecte és citat pel jutge d'instrucció per declarar en condició d'imputat.

D'aquestes tres postures, la que millor es compadia amb la lletra de l'antic art. 132.2 CP, que exigia que l'acte d'interrupció de la prescripció del delictes consisteixi en un acte de direcció del procediment contra el culpable, era, sens dubte, *la segona*. Com és sabut, en la seva primera fase, la instrucció, la direcció del procediment és a càrrec del jutge d'instrucció, de tal manera que tot acte que impliqui, d'una manera o una altra, dirigir el procediment contra un subjecte haurà de ser realitzat per ell. En relació amb això, la simple denúncia o querrel·la d'uns fets de cap manera pot merèixer la qualificació d'acte de direcció del procediment contra el culpable, perquè a través del corresponent escrit de denuncia o querrel·la, el denunciant o querellant s'està limitant a instar la incoació d'un procediment penal per a l'esbrinament i persecució d'uns fets, però no dirigeix el procediment contra el denunciat o el querrel·lat.⁶⁹ De fet, és perfectament possible imaginar un supòsit en què l'objecte de la denúncia o querrel·la vingui representat per un fet no constitutiu de delictes, de tal manera que aquella sigui, finalment, inadmesa a tràmit. ¿Pot tenir algun sentit afirmar, llavors, que mitjançant la simple presentació de la denúncia o la querrel·la «s'ha dirigit el procediment contra el culpable», quan posteriorment l'acte d'inadmissió a tràmit de la querrel·la vindria a declarar, en realitat, la inexistència de tot procediment judicial, per no ser els fets denunciats ni tan sols típics?

A favor de la solució de la interrupció de la prescripció del delictes mitjançant la simple presentació de la denúncia o querrel·la es va afirmar que si s'espera al moment en què el jutge d'instrucció l'admeti a tràmit, llavors és possible que si el jutge d'instrucció es retarda en el dictat de l'acte d'admissió a tràmit, quan això succeeix el delictes podria trobar-se ja prescrit. Aquesta insatisfactòria conseqüència

67. En aquest sentit vid. per exemple, SSTS 331/06, 24-3, 774/05, 2-6, 71/04, 2-2, 298/03, 14-3, 162/03, 4-2 y 147/03, 5-2, entre otras. En idèntic sentit es pronuncia la Inst. 5/05 FGE.

68. Aquesta interpretació va ser defensada, per exemple, per les SSTS 3-2-84, 21-1-93, 26-2-93, 30-9-94, 31-5-97, 28-10-92, 16-10-97, 25-1-99, 29-9-99, y 25-1-00.

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

seria senzillament insuportable —se sostenia— quan el retard judicial fos dolós, perquè llavors podria dir-se que la prescripció o no d'un delictes quedaria enterament a l'arbitri del propi jutge d'instrucció. Contra aquests arguments s'oposava que encara que la solució de la no interrupció del termini amb la interposició de la denúncia o la querella podia conduir, certament, a conseqüències insatisfactòries, el major o menor retard amb el qual un jutge d'instrucció resolgui sobre l'admissió o no a tràmit d'un escrit de denúncia o querella cap incidència havia de desplegar sobre la sort del denunciat o querellat. És obvi que la solució als problemes derivats de l'incorrecte funcionament de l'Administració de justícia, i, particularment, al retard en la tramitació de les causes judicials com a conseqüència de la sobrecàrrega que pateixen les oficines judicials a Espanya, no passava precisament per declarar la no prescripció de fets ja prescrits, sinó, més aviat, per la realització de canvis estructurals o funcionals en el sistema judicial. I pel que fa a la necessitat d'evitar que el jutge d'instrucció pugui decidir lliurement si deixa prescriure o no un delictes, una part de la doctrina ja apuntava abans de la LO 5/2010, des d'una perspectiva *de lege ferenda*, que la solució podria passar —com succeeix en altres ordenaments jurídics del nostre entorn cultural— per la previsió expressa en el Codi d'un règim de suspensió del còmput del termini de prescripció per a casos com els que ara se sotmeten a consideració.⁷⁰ Per tot això, era raonable entendre, en suma, que el criteri més encertat era el que permetia concloure que el termini de prescripció del delictes no s'interrompia amb la mera presentació de la querella, sinó amb el dictat de l'Acte pel qual s'acorda la seva admissió a tràmit. En general, aquest Acte coincideix amb el d'incoació de diligències prèvies, en el procediment abreujat, i amb el de processament en el cas del procediment ordinari. S'exigia, això sí, que no es tractés d'un acte merament formal o de formulari, sinó d'una resolució amb contingut dispositiu material. No calia, en canvi —com es defensava des de la tercera opinió exposada *supra*— esperar al moment en què l'imputat sigui citat a declarar com a tal.⁷¹

10.4.2 El nou art. 132.2 CP després de la LO 5/2010

El nou art. 132.2 CP, resultant de la reforma operada per la LO 5/2010, resol alguns dels més rellevants problemes aplicatius del precepte, i que acaben de ser apuntats. Dos són, en essència, les aportacions fonamentals del nou precepte:

- Previsió expressa d'una interpretació autèntica del concepte «direcció del procediment a l'indiciàriament responsable».
- Reconeixement a la presentació de la denúncia o querella d'un efecte suspensiu de la prescripció del delictes.

Quant a la primera d'aquestes dues contribucions, el nou art. 131.2 CP substitueix el terme «culpable» per l'expressió «indiciàriament responsable». Aquest

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

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

canvi mereix una valoració positiva. Com és lògic, quan el jutge dirigeix el procediment contra algú per primera vegada, bé admetent a tràmit una denúncia o querrela presentada contra ell, bé acordant la incoació de diligències prèvies contra el mateix, bé citant-lo a declarar com a imputat, és evident que el destinatari de dites possibles actes de direcció del procediment de cap manera podria ser creditor del qualificatiu de «culpable» del delictes investigat. Encara que en dret penal el tenor literal possible del concepte «culpabilitat» és enormement ampli, entès en un sentit estricte, en el context que ara ens ocupa podria ser, almenys des d'una perspectiva formal, difícilment compatible amb el principi de presumpció d'innocència que empara a tot imputat.

Pel que fa a l'aclariment legal de quan ha d'entendre's que el «*procediment es dirigeixi contra la persona indiciàriament responsable del delictes o falta*», la LO 5/2010 disposa, en la primera de les regles previstes en el nou precepte, que «s'entendrà dirigit el procediment contra una persona determinada des del moment en què, en incoar la causa o amb posterioritat, es dicti resolució judicial motivada en la qual se li atribueixi la seva presumpta participació en un fet que pugui ser constitutiu de delictes o falta». Com pot comprovar-se, la LO 5/2010 no recorre —a diferència del que succeeix en alguns ordenaments jurídics del nostre entorn cultural⁷²— a l'ocupació d'un catàleg tancat d'actes processals de direcció del procediment contra el culpable, generant, amb això, un considerable grau d'inseguretat jurídica.⁷³

La LO 5/2010 acull, en relació amb aquest particular, el *criteri sobre interrupció de la prescripció delictes sostingut per la doctrina jurisprudencial establerta en les SSTC 63/2005, 14-2, i 29/2008, 20-2*. Aquesta doctrina impugna la línia interpretativa de l'article 132.2 CP afavorida per la jurisprudència del Tribunal Suprem favorable al reconeixement d'eficàcia interruptora als actes de part iniciadores del procés. Així les coses, d'acord amb el nou art. 132.2 CP, per a la interrupció de la prescripció del delictes no n'hi ha prou amb la simple presentació de la denúncia o la querrela, ni tampoc amb la seva admissió a tràmit a través d'un acte judicial, sinó que és necessari, almenys, que el jutge d'instrucció acordi l'obertura de la causa contra una persona determinada, o posteriorment li dirigeixi el procediment d'una altra manera, per exemple mitjançant la corresponent citació judicial per declarar com a imputat. Cal un acte judicial de direcció del procediment contra un subjecte determinat. La necessitat que la interrupció es produeixi com a conseqüència d'una resolució judicial priva de tota capacitat interruptora del termini de prescripció del delictes, per exemple, a l'ordre de detenció que pot dictar el fiscal.⁷⁴

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

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

74. Prevista a l'art. 5 LLei 50/1981, 30-12, per la que es regula l'Estatut Orgànic del Ministeri Fiscal. A favor d'una regulació específica d'aquests actes, a efectes interruptors o suspensius, es se mostra, en canvi, CONSEJO DE ESTADO, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 25.

Quant al *grau de determinació del subjecte* contra el qual ha de dirigir-se el procediment perquè es produeixi la interrupció de la prescripció, el nou art. 132.2.3 CP disposa que «a l'efecte d'aquest article, la persona contra la qual es dirigeix el procediment haurà de quedar suficientment determinada en la resolució judicial, ja sigui mitjançant la seva identificació directa o mitjançant dades que permetin concretar posteriorment aquesta identificació en el si de l'organització o grup de persones a les quals s'atribueixi el fet». D'aquesta regla poden extreure's dues conclusions. La primera, que no és precisa la determinació nominal del subjecte, amb el que d'inseguretat jurídica això pot comportar. La segona, que la interrupció de la prescripció no podrà aconseguir a subjectes aliens a l'organització o grup de persones a les quals s'atribueixi el fet i que, per tant, no estiguessin determinats inicialment.⁷⁵ Cal preguntar-se, no obstant això, si pel que fa a l'anomenada criminalitat organitzada, l'exigència de determinació de l'indiciàriament responsable no és potser exagerada. Pensi's, per exemple, en totes aquelles causes en les quals la investigació avança a través del dictat de resolucions substancials que, no obstant això, encara no aconsegueixen determinar a certs subjectes (per exemple, els encarregats de la direcció de l'aparell de poder organitzat), i que, per això, en aplicació del criteri adoptat per la reforma, mancarien d'efecte interruptor.⁷⁶

No obstant això, que la presentació de *la denúncia o la querella* manquin d'efectes interruptors de la prescripció del delictes no significa que no puguin desplegar algun efecte. Segons el nou art. 132.2.2 CP, «[n]o obstant l'anterior, la presentació de querella o la denúncia formulada davant un òrgan judicial, en la qual s'atribueixi a una persona determinada la seva presumpta participació en un fet que pugui ser constitutiu de delictes o falta, suspendrà el còmput de la prescripció per un termini màxim de sis mesos per al cas de delictes i de dos mesos per al cas de falta, a comptar des de la mateixa data de presentació de la querella o de formulació de la denúncia».⁷⁷ Com és sabut, la *diferència entre la interrupció i la suspensió* consisteix en el següent: mentre que la primera impedeix el curs de la prescripció i inutilitza el temps transcorregut per al còmput d'aquella, la suspensió de la prescripció la paralitza, no corre el temps, però no inutilitza el ja transcorregut. D'aquesta manera, desapareguda la causa de suspensió, el còmput del temps per a la prescripció continua, mentre que en la interrupció comença de nou. La suspensió es condiona al compliment de tres requisits: que la *notitia criminis* es formalitzi mitjançant denúncia o querella; que la determinació del subjecte imputat sigui concreta; i, finalment, que es presenti davant un òrgan judicial, sigui competent o no per a l'esclariment dels fets.⁷⁸

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

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

77. La inclusió de la clàusula final «a comptar desde la mateixa data de presentació de la querella o de formulació de la denúncia» procedeix d'una suggerència del CONSEJO DE ESTADO, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 134.

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

La *convivència de suspensió i interrupció de la prescripció del delictes* prevista per la reforma no és en absolut estranya en els ordenaments jurídics del nostre context de cultura. No obstant això, en el cas de la LO 5/2010 sembla evident que la finalitat de tal convivència no és una altra que tractar de solucionar —en paraules de l'E. de M. de l'Avantprojecte 2009— «disparitat dels criteris adoptats pel Tribunal Constitucional i el Tribunal Suprem en recents pronunciaments», amb la pretensió última d'«augmentar la seguretat jurídica». ⁷⁹ Que la reforma persegueixi resoldre l'esmentada controvèrsia jurisprudencial, al mateix temps que restablir la seguretat jurídica en l'àmbit de la interrupció de la prescripció, no significa, no obstant això, que ho hagi aconseguit. ⁸⁰

És probable que la reforma persegueixi adoptar el criteri del Tribunal Constitucional i, al mateix temps, evitar una de les principals objeccions que s'hi ha formulat en contra: que la prescripció dels delictes es produeixi per inactivitat judicial, com a conseqüència que, després de presentada la denúncia o la querella, el jutge d'instrucció es demori indegudament a dictar l'acte d'admissió a tràmit de la mateixa i la corresponent incoació de diligències prèvies. ⁸¹ Malgrat el lloable d'aquest propòsit, el cert és que, tret de supòsits excepcionals, la pràctica forense quotidiana demostra que, afortunadament, els jutges d'instrucció incorren en dilacions indegudes tan greus en l'admissió a tràmit de denúncies i querelles. A més, si el que pretén la LO 5/2010 és contribuir al correcte funcionament de l'Administració de justícia, pot concloure's raonablement que el que acabaria aconseguint la reforma en cas de prosperar seria, precisament, el contrari. Certament, si un dels objectius perseguits per la reforma és que els jutjats d'instrucció resolguin l'admissió o inadmissió a tràmit de les denúncies i querelles sense incórrer en dilacions indegudes, la consagració del criteri de la suspensió de la prescripció amb la presentació de la denúncia o la querella produiria en el jutge d'instrucció el pernicios efecte d'alliberar-lo del deure de resoldre amb celeritat sobre l'admissió a tràmit de la denúncia o la querella, a fi d'evitar la prescripció del delictes. Des del punt de vista del correcte funcionament de l'Administració de justícia i el principi de celeritat processal, la reforma serà, per tant, contraproductiva. ⁸²

Segons la reforma, en cas que la denúncia o la querella no siguin admeses a tràmit, el còmput del termini de prescripció no comença a computar novament des del principi, sinó que continua des del dia de la presentació de la denúncia o la querella. La presentació de la denúncia o la querella, per tant, no interromp el termini de prescripció, sinó que es limita a suspendre'l. Amb això, la reforma tracta de

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

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

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

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

trobar el punt d'equilibri entre el criteri del Tribunal Constitucional i el del Tribunal Suprem. No obstant això, aquesta mesura tindrà escassa rellevància pràctica, perquè els casos en els quals una denúncia o querella no s'admet a tràmit no són, en absolut, la regla, sinó l'excepció. A més, el legislador reformista disposa que el termini suspès torni a ser computat «una vegada que l'òrgan judicial corresponent no l'admetés a tràmit». Com hauran de resoldre's, llavors, els gens infreqüents supòsits en els quals el jutge d'instrucció, en lloc d'inadmetre a tràmit la denúncia o la querella, l'admeti, encara que acordant, de forma simultània i en la mateixa interlocutòria, el sobreseïment provisional de les actuacions?⁸³

El tenor del nou art. 132.2 CP prossegueix indicant que «si dins d'aquest termini (scil. sis mesos per als delictes i dos per a les faltes) es dicta contra el querellat o denunciado, o contra qualsevol altra persona implicada en els fets, alguna de les resolucions judicials esmentades en l'apartat anterior, la interrupció de la prescripció s'entendrà retroactivament produïda, amb caràcter general, en la data de presentació de la querella o denúncia». Com correctament va indicar el Consell d'Estat en el seu informe, aquesta redacció és incompleta, perquè és obvi que si es dicta una resolució «contra qualsevol persona implicada en els fets», l'aplicació retroactiva de la interrupció de la prescripció només es produirà respecte d'aquesta mateixa persona, però no respecte del querellat o el denunciado.⁸⁴

11. NOU ÀMBIT D'IMPRESCRIPTIBILITAT DE LA PENA (ART. 133.2 CP)

El nou art. 133.2 CP declara la imprescriptibilitat de les penes imposades pels delictes de lesa humanitat i de genocidi i pels delictes contra les persones i béns protegits en cas de conflicte armat. Com a conseqüència de la LO 5/2010, i en correspondència amb el previst per la imprescriptibilitat de determinats delictes en l'art. 131.4 CP, la regla de la imprescriptibilitat de la pena s'amplia a les imposades per delictes de terrorisme, si aquests haguessin causat la mort d'una persona. Igualment, s'exclou del règim a la pena prevista per al delictes recollit en l'art. 614 CP.

12. CONCLUSIONS

La LO 5/2010 estableix, per primera vegada en la nostra història legislativa, la *responsabilitat penal de les persones jurídiques*. Queda derogat per al Dret espanyol, d'aquesta manera, el principi *Societas delinquere non potest*. També l'art. 31.2 CP, introduït per la LO 15/2003.

El nou model constitueix la translació a l'ordenament jurídic espanyol de la denominada *Third Party Strategy* (implicació politicriminal de l'empresa en l'evi-

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

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

tació de la comissió de conductes delictives que puguin afavorir-la), present en nombrosos instruments jurídics internacionals (convenis, decisions marc, etc.) en relació amb determinats àmbits.

Des d'un punt de vista politicocriminal, la decisió adoptada per la LO 5/2010 és molt problemàtica. D'una banda, un important sector de la doctrina considera que el càstig penal de les persones jurídiques s'oposa, com a mínim, a dos principis fonamentals del Dret penal d'un Estat democràtic: el *principi de culpabilitat* i una de les seves més destacades manifestacions, el *principi de personalitat de les penes*. Quant al primer principi, s'afirma, amb raó, que ningú diferent a una persona física pot ser subjecte adequat del judici de retret ètic-social que representa la pena. Pel que fa al segon, no és possible aplicar una pena privativa de llibertat o privativa d'altres drets a una classe de subjectes —com les persones jurídiques— respecte de la qual la pena resultarà, per definició, senzillament inexecutable.

La LO 5/2010 incorpora al CP l'*atenuant de dilacions indegudes*. La nova atenuant es troba en l'*art. 21.6 CP*, passant l'analògica al núm. 7 del precepte. Amb el nou precepte, el legislador tanca el pas a altres possibles vies de reparació de la vulneració del dret fonamental a un procés sense dilacions indegudes proposades fins ara per doctrina i jurisprudència.

La LO 5/2010 ha eliminat el caràcter automàtic de l'*aplicació del període de seguretat*. Aquesta modificació mereix una valoració essencialment positiva.

A diferència del que succeïa abans de la reforma, després de la LO 5/2010 és possible acordar la substitució per expulsió de qualsevol pena privativa de llibertat (art. 89.5 CP). No obstant això, amb la reforma l'*expulsió ja no és aplicable de forma automàtica, sinó facultativa*. Com a conseqüència de la reforma, ara és necessària la celebració d'una audiència prèvia en la qual ha de comprovar-se si el penat té *arrelament a Espanya*.

Especial rellevància té, referent a això, la incorporació al Codi penal d'una nova mesura de seguretat no privativa de llibertat: la *llibertat vigilada (art. 96.3 CP)*. La nova mesura, present en altres ordenaments de Dret comparat (Alemanya, Itàlia, EUA) i llargament reclamada per un sector doctrinal, neix amb la vocació de constituir una mesura de seguretat aplicable no només a inimputables o semiimputables, sinó també a imputables perillosos de criminalitat greu amb posterioritat al compliment d'una pena privativa de llibertat. Després de la reforma, la llibertat vigilada esdevé l'única mesura de seguretat aplicable tant a imputables com a inimputables i semiimputables. En el cas dels primers, la llibertat vigilada podrà durar fins a deu anys, en el dels segons fins a cinc.

Finalment, pel que fa a la prescripció del delictes, la novetat fonamental és la modificació del règim d'*interrupció de la prescripció (art. 132.2 CP)*. La *convivència de suspensió i interrupció de la prescripció del delictes* prevista per la reforma no és en absolut estranya en els ordenaments jurídics del nostre context de cultura. En el cas de la LO 5/2010 sembla evident que la finalitat d'aquesta convivència no és una altra que tractar de solucionar —en paraules de l'E. de M. de l'Avantprojecte 2009— «disparitat dels criteris adoptats pel Tribunal Constitucional i el Tribunal Suprem en recents pronunciaments», amb la pretensió última d'«augmentar la

seguretat jurídica». Que la reforma persegueixi resoldre l'esmentada controvèrsia jurisprudencial, al mateix temps que restablir la seguretat jurídica en l'àmbit de la interrupció de la prescripció, no significa, però, que ho hagi aconseguit.

BIBLIOGRAFIA BÀSICA

- ALCÁCER GUIRAO, «Dilaciones indebidas», a ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 28/7000 ss.
- ÁLVAREZ GARCÍA, «La atenuante de dilaciones indebidas», a QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 29 ss.
- BACH FABREGÓ / GIMENO JUBERO, «Clases y contenido de penas y ejecución de las penas», a QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 87 ss.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, «Comiso», a ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 33/7910 ss.
- CUGAT MAURI, «La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros», a QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 99 ss.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad de personas jurídicas», a ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 1/100 ss.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», a QUINTERO OLIVARES / CARBONELL MATEU / MORALES PRATS / GARCÍA RIVAS / ÁLVAREZ GARCÍA (Dirs.), *Esquemas de Teoría Jurídica del delito y de la pena*, 3ª ed., 2010, pp. 285 ss.
- FUENTES OSORIO, «Período de seguridad», a ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 35/9010 ss.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, «La reforma del régimen prescriptivo de los delitos y de las penas», a QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 121 ss.
- MORALES PRATS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», a QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 45 ss.
- NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008.
- PORTILLA CONTRERAS, «Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima», a QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 37 ss.
- TORRES ROSELL, «La pena de localización permanente y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad», a QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 92 ss.
- URRUELA MORA, «Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada», a ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 30/7325 ss.
- VELÁZQUEZ VIOQUE, «Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España», a ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 32/7800.