



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO
GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

C E R T I F I C O: Que los Vocales D. Antonio Dorado Picón y D.^a Concepción Espejel Jorquera han formulado voto particular al Acuerdo único adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día dieciséis de enero, por el que se aprueba el informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Voto particular, al que se han adherido, con excepción de su apartado V, los Vocales D. Fernando de Rosa Torner y D. Claro José Fernández-Carnicero, y que es del siguiente tenor literal:

"VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS VOCALES D. ANTONIO DORADO PICÓN Y D.^a CONCEPCION ESPEJEL JORQUERA RESPECTO DEL ACUERDO DEL PLENO DEL CGPJ DE FECHA 16 DE ENERO DE 2013 POR EL QUE SE APRUEBA EL INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGANICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995 DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CODIGO PENAL.

Los Vocales firmantes discrepan del informe aprobado por la mayoría del Pleno, en base a las siguientes consideraciones:

I.- El informe efectúa una serie de juicios de valor, de carácter subjetivo y voluntarista, que no pretenden sino descalificar las decisiones de política criminal por las que se decanta el prelegislador, fundamentalmente en materia de prisión permanente revisable, medidas de seguridad, concurso de delitos y comiso, en lo que a la Parte General se refiere e incluso en la crítica de determinados tipos delictivos, como los de administración desleal y malversación de caudales públicos, juicios de valor que no compartimos y que, además, no corresponde hacer al CGPJ, en cuanto son ajenos a la función consultiva que a este Consejo compete, recogida en el art. 108 LOPJ, la cual, pese a extenderse, entre otras, a las modificaciones de las Leyes penales, no abarca la posibilidad de sustituir lo que son opciones legislativas a las que no cabe hacer ninguna tacha de inconstitucionalidad; excediendo también de meras cuestiones de perfeccionamiento técnico de las normas, en aplicación del principio de colaboración entre Órganos constitucionales.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

II.- *Llama la atención que, a diferencia de lo que es habitual en otros informes del Pleno, en el que nos ocupa se omite una descripción inicial de la estructura y contenido del Anteproyecto, a la que se dedican unas escasas líneas en el apartado III. Sin embargo, de modo inmediato, en el apartado IV, titulado "Consideraciones Generales sobre el Anteproyecto", se pasa a efectuar una crítica sesgada de las principales novedades introducidas en la reforma; mezclando párrafos meramente expositivos del contenido del Anteproyecto con otros en los que abiertamente el informe se decanta por una opción contraria a la contenida en aquel; llegando a apuntar, sin base suficiente, que algunas no se adecuan con los parámetros constitucionales o a indicar que "se desaconseja" una determinada opción o que "se aconseja" mantener otras; olvidando que no es función de este Consejo "aconsejar o desaconsejar" alternativas legislativas; pudiendo, como hemos dicho precedentemente, a lo sumo, en aplicación del principio de colaboración entre los Órganos constitucionales, efectuar observaciones técnicas, tendentes a la mejora de las normas, en las que no cabe encuadrar las contenidas en el informe, el cual, curiosamente, reconoce en su página 36 el alcance de la función consultiva del Consejo (aspectos técnicos y constitucionales). Sin embargo, en otros puntos abiertamente excede tales competencias; invadiendo las que incumben al prelegislador.*

III. *No compartimos la crítica de la propuesta de Informe sobre el supuesto alcance de la previsibilidad de las resoluciones judiciales. Por el contrario, asumimos el espíritu del Anteproyecto, inequívocamente tributario de los principios de legalidad y de seguridad jurídica.*

IV. *Discrepamos de las críticas que se contienen en el informe aprobado por la mayoría del Pleno en relación con la pena de prisión permanente revisable (PPR), novedad principal de la reforma.*

En primer término, no podemos asumir la pretendida descalificación de la citada pena mediante



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la alusión a que se trata de una figura extraña a la normativa española reciente, ni la parcial reseña que se efectúa del Derecho comparado europeo, la lectura interesada de la doctrina del TEDH, de nuestro TC y de la postura en su momento sostenida por el Consejo de Estado.

Las referidas críticas olvidan que el Derecho Penal no es inmutable; estando justificada su modificación como respuesta al cambio de la realidad social y a la consiguiente necesidad de dar respuesta a situaciones no previstas o no adecuadamente resueltas con anterioridad y que nada impide que el legislador opte por una concreta opción de política criminal no proscrita constitucionalmente, máxime cuando esta tiende a adecuar sanción penal a la extrema gravedad de determinadas conductas, a la culpabilidad del autor y a la enorme conmoción y alarma social que aquellas generan. Por el contrario, los Vocales que suscriben este Voto Particular compartimos el principio de confianza de la sociedad en que las conductas serán sancionadas con penas justas, en cuanto a proporcionadas a la gravedad y culpabilidad de los hechos delictivos, sin perjuicio de que la ejecución de las penas se oriente a la reeducación y reinserción social de los penados, a lo cual no resulta contrario el Anteproyecto, conforme reconoce el propio informe aprobado en el Pleno.

Aun cuando efectúa una mera enumeración de los países en los que se contienen penas análogas a la PPR, el informe, a nuestro juicio, no explicita adecuadamente, que la PPR es una opción muy extendida en el Derecho comparado europeo, no solo en Italia, Francia y Alemania, países a los que se alude con un mínimo detalle en el mismo. Consideramos que si se quiere valorar una opción legislativa, citando para ello la normativa vigente en otros países, debería haberse hecho un estudio más exhaustivo de la misma en todos los que establecen penas análogas a la ahora examinada, vez de limitarse a la de tres concretos Ordenamientos. Debería haberse evitado además efectuar citas parciales que de la doctrina constitucional y de la del TEDH, que pudieran



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

inducir a error, con la finalidad de cuestionar lo que dichos Tribunales no objetaron.

Debería, a nuestro juicio, haberse explicitado con mayor claridad que el TEDH ha sido contundente al declarar que la prisión permanente revisable no es contraria al art. 3, ni contraviene ningún otro precepto del Convenio; bastando con que la Ley ofrezca la posibilidad de revisión de la condena perpetua con vistas a la conmutación, revisión, terminación o libertad condicional del penado para que se satisfaga el mencionado art. 3.

Por otro lado, pese a la lectura parcial que pretende darse en el informe a la doctrina del TC y al informe del Consejo de Estado, del examen de ambos se infiere con claridad que tanto uno como otro se han pronunciado, aún cuando fuera en un contexto diverso, en el sentido de que la PPR no conculca el art.25.2 CE.; habiendo apuntado el TC (en materia de extradición) que es suficiente garantía que la ejecución de dicha pena "no sea indefectiblemente de por vida".

Es cierto que el informe aprobado por el Pleno difiere sustancialmente del de la Comisión de Estudios e Informes, respecto del que formulamos en su momento Voto Particular, en una materia de gran transcendencia, como lo es la relativa a la duda de inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable, en cuanto eventualmente contraria al art. 25.2 de la CE, planteamiento que ha sido excluido por el Pleno, que reconoce explícitamente que la citada pena no es en modo alguno contraria a dicho precepto constitucional, conclusión que obviamente compartimos en cuanto la modificación introducida en el informe aprobado por amplia mayoría del Pleno es sustancialmente coincidente con la postura sostenida por los dos Vocales que suscriben en el Voto Particular en su día formulado, en el que apuntábamos que, son muy reiteradas las resoluciones del TC que aclaran que el primer inciso del art. 25.2 CE no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del Constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, del que no derivan derechos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

subjetivos; no pudiendo olvidar que tales fines no son los únicos que persiguen las penas privativas de libertad y que el Constituyente, a diferencia de las penas de muerte y de trabajos forzados, no proscribió la de prisión a perpetuidad.

No se discute tampoco por el Pleno que la reeducación y reinserción social, como función humanizadora de la pena, no es un resultado que se deba alcanzar en todo caso como una ineludible "estación de término", ya que exige la concurrencia de dos voluntades: la del Estado, que aplica la Ley y ejecuta la condena y la del penado obligado a cumplirla y a ajustar probadamente su conducta al fin rehabilitador.

Se admite igualmente por la mayoría del pleno la premisa contenida en la EM del Anteproyecto de que la PPR no obsta a que, una vez cumplida una parte de la condena, sea posible el retorno del penado a la libertad siempre que concurren los requisitos legalmente exigidos. De modo que si la libertad resulta postergada, ello será consecuencia del fracaso del tratamiento penitenciario, a lo que no resulta ajena la propia actuación del penado, cuya falta de voluntad de efectiva reinserción no puede ser suplida por el Estado.

Sin embargo, aunque coincidimos en lo esencial con las consideraciones introducidas en el Pleno en cuanto a la compatibilidad de la pena con el art. 25.2 CE, consideramos que se siguen manteniendo en el texto omisiones relevantes que en su momento denunciamos, como la relativa a la cita incompleta del derecho comparado, que lejos de apoyar la conclusión que en su día mantuvo la Comisión de Estudios y Informes y que hoy ha rechazado el Pleno abona la incuestionable conclusión de que la pena es plenamente compatible con dicho precepto constitucional.

V.- Discrepamos de las consideraciones relativas a que la falta de mención expresa de la PPR en el art. 33 y la ausencia de detalle de la misma en el art. 35 del CP sea contraria a los principios de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

seguridad jurídica y de legalidad penal, materialmente consagrados en el art. 25.1 de la Constitución, por cuanto, al margen de la conveniencia, por razones de sistemática y corrección de técnica legislativa, de su inclusión en el art. 33 e incluso de establecer en el art. 70.4 la pena inferior en grado a la de PPR, no cabe duda de que la pena en cuestión está prevista en el Anteproyecto, del que se infiere su alcance y condiciones precisas para su revisión y su establecimiento se efectúa en una norma con rango de Ley Orgánica, por lo que no cabe estimar que se produzca vulneración alguna del principio de reserva de Ley.

Además, el artículo 33 del CP no contiene propiamente un catálogo de penas sino la clasificación de las mismas por razón de su gravedad y declara que son penas graves, entre otras, las de "prisión superior a cinco años", lo que incluiría también la prisión permanente revisable.

Por otro lado, el artículo 35 es esclarecedor, dado que, al definir los límites de la pena de prisión, advierte expresamente de que puede tener una duración superior cuando así lo disponga la Ley.

No compartimos las consideraciones relativas a que el Anteproyecto pueda inducir a error sobre el alcance de la pena de PPR, a que sea una pena incierta o una prisión perpetua encubierta. El prelegislador no introduce una pena incierta, sino una pena de duración indeterminada, con unos plazos de cumplimiento mínimos claramente establecidos en los arts. 78 y 92 y que puede llegar a ser permanente o perpetua, con la garantía de que debe ser revisada en los plazos y con los requisitos que la propia norma establece.

En consecuencia, estimamos que la pena, a la que no cabe hacer ninguna tacha de inconstitucionalidad, y su proyectada regulación no vulneran en modo alguno el art. 25.1 CE.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

VI.- Al margen de opciones terminológicas (prisión permanente revisable, prisión perpetua revisable, u otras análogas), la naturaleza y posible duración de la pena se infiere con claridad del texto y resulta incluso del propio tenor gramatical del término "permanente" contenido en su denominación, que obviamente significa "que permanece"; significando "permanecer" "mantenerse sin mutación en un mismo lugar, estado o calidad". De modo que no cabe sino concluir que la prisión podrá ser perpetua; manteniéndose hasta tanto concurren, si es que concurren, los requisitos para su extinción. Regulando el Anteproyecto de forma clara que la pena habrá de ser revisada en los plazos que taxativamente fija; siendo ese incuestionable carácter de revisable, que la propia norma garantiza, lo que comporta que la pena se ajuste plenamente a los parámetros constitucionales y a la doctrina del TEDH. Por otro lado, es de mencionar que esa falta de definición expresa a la que se alude en el informe, de ser acogida, sería predicable respecto de otras muchas penas, definidas por su propia denominación, como la prisión, la localización permanente, la multa etc., sin que el CP explicita qué es la prisión, la localización, la multa u otras muchas; limitándose el texto punitivo a fijar su duración o extensión y los casos en los que resulta imponible, lo que también acontece respecto de la PPR.

Como hemos indicado, el contenido de la pena de prisión permanente revisable está perfectamente definido a lo largo de las diversas normas del anteproyecto que la regulan, en las que se determina con claridad qué delitos se castigan con esta pena; a partir de qué momento puede accederse al disfrute de permisos o al tercer grado; cuándo puede accederse a la libertad; y cuáles son los procedimientos de control para garantizar la posibilidad de reinserción del penado.

Por otro lado, es de reseñar que la invocación relativa a que no puede determinarse a priori el momento de la progresión en grado o la fecha de posible acceso a la libertad provisional, sería predicable igualmente en relación con el actualmente



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

vigente art. 78. Incluso cabe afirmar que la regulación de la prisión permanente revisable está dotada de un grado de certeza muy superior al que caracteriza la ejecución de las penas para las que se fija el límite de cumplimiento a que se refiere el vigente artículo 78 CP., en cuyos supuestos el penado al que haya sido aplicado el precepto, no conoce de antemano si podrá disfrutar de permisos, ni cuándo podrá acceder al tercer grado de clasificación a la libertad condicional, pues todo dependerá de que en algún momento (indeterminado inicialmente) el Juez valore que le debe ser aplicado el "régimen general de cumplimiento", mientras que el condenado a una pena de prisión permanente revisable, por el contrario, conocerá cuál es la fecha en que puede acceder a estos beneficios desde un principio.

Desde otro punto de vista, las objeciones relativas a la posible prisión "de por vida" contenidas en el informe olvidan que, con la regulación actual, también es posible que condenados por delitos muy graves no lleguen nunca a alcanzar el tiempo mínimo de prisión efectiva necesario para acceder al tercer grado penitenciario y, consiguientemente a la libertad condicional, ya que cabe que el cálculo del cumplimiento de los tres cuartos de la pena se realice sobre la suma total de las condenas, (que puede alcanzar una duración muy superior a la esperanza de vida de cualquier ser humano). En el CP vigente no se aplica el límite de cumplimiento efectivo en casos de penas no acumulables, lo que también comportaría de facto una condena perpetua, la cual actualmente no está sujeta a una exigencia legal de revisión para el acceso a la libertad condicional.

VII.- Tampoco constituyen, a nuestro juicio, consideraciones válidas para cuestionar la introducción de la PPR la relativa a que el prelegislador no justifica debidamente las razones por las que en este momento opta por el establecimiento de la misma, ni la mención de que el índice de delitos graves en España es inferior al de otros países de nuestro entorno, argumento que, al no contextualizarse, no pasa de ser una falacia



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

estadística que pretende condicionar arbitrariamente una iniciativa legislativa plenamente legítima, como la sujeta a informe. Tampoco obsta al establecimiento de la pena la alusión a la disminución reciente de los delitos de terrorismo, puesto que no es el número de los citados ilícitos, ni la finalidad de evitar su futura comisión, lo que ampara el establecimiento de la PPR sino la excepcional gravedad de los sancionados con la misma y la necesidad de que la respuesta punitiva sea adecuada a la culpabilidad de sus autores y al ataque que comportan contra el Estado y el orden constitucional.

VIII. Por otro lado, discrepamos de las consideraciones contenidas en el informe relativas a que resulte "desaconsejable" establecer un régimen diverso para los delitos de terrorismo y para los restantes para los que se prevé la PPR, por cuanto, al margen de que, como se ha dicho inicialmente, no es competencia de este Consejo la de aconsejar o desaconsejar sobre opciones legislativas, la excepcional gravedad de los delitos de terrorismo, el sufrimiento que comporta para las víctimas y la repulsa social que conllevan justifican una respuesta punitiva extraordinaria.

Tampoco compartimos los argumentos que se contienen en el apartado dedicado al régimen jurídico de la PPR relativos a la progresión al tercer grado y permisos de salida, ya que solo pretenden sustituir una opción legítima por la que se decanta el prelegislador por la contenida en el informe, sin base que lo justifique.

A mayor abundamiento, como hemos apuntado, los cálculos efectuados en el informe aprobado por la mayoría del Pleno parten de un análisis parcial de la regulación actual, dado que se en el régimen vigente se puede excluir de facto toda posibilidad de acceso a permisos de salida, ya que, en supuestos de delincuencia grave, el cuarto de la condena preciso para acceder al permiso se calcula con relación a la suma aritmética de las condenas impuestas, que permite que el penado nunca llegue a cumplir el primer cuarto de condena, posibilidad que es



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

eliminada con la regulación actual, que en este punto introduce un régimen más beneficioso y orientado hacia la reinserción.

Además, en el sistema actual los plazos para la progresión en grado y la libertad condicional también dependen de la gravedad del delito y el informe silencia que los establecidos para la prisión permanente revisable, en los supuestos más graves, son idénticos a los que actualmente prevé la legislación vigente.

Tampoco compartimos la modificación que se sugiere respecto de la progresión en grado por motivos humanitarios, en la cual se intenta introducir como una mera mejora gramatical lo que en realidad constituye una clara alteración del contenido del precepto, mediante la supresión de la exigencia de especial valoración de la "dificultad para delinquir" del penado.

IX.- Por todo ello, consideramos que no cabe cuestionar, como lo hace el informe aprobado por la mayoría del Pleno, la constitucionalidad de la iniciativa del prelegislador sólo por el hecho de que haya suscitado controversia doctrinal (a veces de simple nomen iuris) o de mera prevención en instancias judiciales o de control de constitucionalidad. Ninguna de estas razones priva de legitimidad a la iniciativa, concordante con el estado de opinión social y en respuesta a delitos particularmente odiosos.

X.- Tampoco suscita, a nuestro juicio, reparos de constitucionalidad, la pretendida reforma de las medidas de seguridad, ubicadas en el ámbito del principio de peligrosidad social, lo que explica su proyección tanto en el régimen de libertad vigilada como en el de la custodia de seguridad. En este ámbito, el informe incide en el defecto de elevar a la categoría de reparo técnico jurídico lo que no son sino reservas doctrinales de quienes lo suscriben.

Las objeciones relativas a la ejecución de las medidas después del cumplimiento de las penas y a la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

larga duración de su cómputo global olvidan la distinta naturaleza de unas y otras. En efecto, en la pena es la gravedad de la conducta la que justifica la respuesta proporcionada a la misma, mientras que la medida de seguridad obedece a la peligrosidad del autor y la finalidad de prevención especial, lo que justifica la supresión del límite de duración de la medida al temporal de duración de la pena, que también se critica en el informe, crítica que no compartimos, puesto que, al margen de que el mantenimiento de tal límite temporal podría obstar al éxito del tratamiento rehabilitador, el TC ha reconocido la constitucionalidad de que la duración de las medidas de seguridad se ajuste a la peligrosidad del sujeto. Por ello, su imposición conjunta no conculca en forma alguna el principio de non bis in idem; existiendo casos en los que la pena no es respuesta suficiente ni adecuada a la constatada peligrosidad del autor.

Frente a lo que pretende apuntar el informe, la doctrina constitucional no proscribe que un mismo hecho pueda ser objeto de una pena y de una medida de seguridad, sino que prohíbe que diferentes autoridades judiciales en procesos diferentes sancionen repetidamente una misma conducta, aunque sea una vez con una pena y otra con una medida de seguridad (SSTC 159/1985, 23/1986 ó 21/1987), lo cual es totalmente ajeno a la regulación que examinamos.

No podemos compartir la afirmación efectuada en el informe relativa a que se ha establecido un sistema de medidas de seguridad de duración indeterminada y no previsible, sin un control cierto y claro. Lo cierto es que el Anteproyecto contempla en su art. 103 un sistema de revisión periódica continuado de las medidas de seguridad; especificando que debe resolverse con una periodicidad máxima de entre seis meses y dos años, según los casos; pudiendo el Juez o Tribunal fijar un plazo de revisión inferior; debiendo resolver cada vez que lo pida el afectado por la medida, aunque excepcionalmente quepa que aquellos fijen, dentro de los límites máximos, un período de tiempo dentro del cual no se dé curso a las peticiones presentadas por



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la persona sujeta a la medida. Por tanto es inasumible la argumentación de que no se fija un control cierto y claro de la ejecución de la medida. Cuestión distinta es la relativa a la falta de regulación expresa del procedimiento de revisión, con audiencia del interesado e intervención del MF y de la defensa e incluso con la posibilidad de admisión de prueba, cuya regulación debería encuadrarse en la reforma de la LECR. (no en el CP), sin perjuicio de que, hasta que se modifique la norma procesal, se pudiera añadir una Disposición Adicional en el Anteproyecto que contemplase dicho incidente.

En consecuencia, consideramos legítimo que el prelegislador establezca medidas de seguridad, incluso privativas de libertad, en el supuesto de que no existan otras menos gravosas ajustadas a la fundada peligrosidad del penado.

Por otro lado, hemos de reseñar que en el informe se efectúa, en materia de custodia de seguridad, una cita parcial del Derecho comparado vigente, dado que la figura existe no solo en Alemania y Francia, países a los que se ciñen las consideraciones del informe, sino también en otros, como Austria (arts. 23 y sigs. 47 y sigs. Del CP), Suiza (arts. 56 y sigs. CP), Italia (arts. 199 y sigs. CP), Dinamarca (arts. 70 y sigs. CP), Liechestein (arts. 23 y sigs. Y 47 CP), San Marino (arts. 121 y sigs. CP), Eslovaquia (arts. 81 y sigs. CP) y Reino Unido (en el que el imprisonment for public protección se establece en la Secc. 28.6 b y 34.2 del Crime Act de 1997).

Además en el informe se contiene una lectura interesada de los pronunciamientos del TEDH y del TC alemán, en relación con la concreta regulación de la custodia de seguridad introducida en el Derecho alemán; olvidando que las objeciones formuladas en aquellos, centradas fundamentalmente en su aplicación retroactiva, no concurren en la regulación plasmada en el Anteproyecto. De hecho el TEDH considera que la imposición conjunta de una pena, fundada en la culpabilidad por el hecho, y de una medida de seguridad, que responde a la peligrosidad, no es



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

contraria al art. 5 del Convenio, siempre y cuando la valoración de dicha peligrosidad se efectúe con relación a los delitos cometidos y se efectúe por un Tribunal; exigiendo, eso sí, el TEDH que la custodia de seguridad se aplique solo en supuestos de peligrosidad relevante, concretando las condiciones de imposición de esa medida y únicamente cuando las restantes resulten ineficaces e igualmente que las condiciones de recuperación de la libertad estén sujetas a control judicial y no dependan de decisiones administrativas; estando orientadas a la preparación de la vida en libertad. De modo que, respetándose tales exigencias, nada obsta a la imposición de la medida.

Por ello, no es cierto que el TEDH haya declarado contraria al Convenio la custodia de seguridad en Alemania, ya que dicho Tribunal (cfr. SSTEDH caso M. c. contra Alemania, de 17 de diciembre de 2009; y caso Haidn contra Alemania, de 11 de enero de 2011) solo rechazó, por un lado, el hecho de que la reforma alemana que introducía la custodia de seguridad perpetua (inicialmente prevista con una duración de diez años) fuera aplicada retroactivamente a sujetos a los que la medida había sido impuesta bajo vigencia de la ley anterior; y, por otro, figuras en las que la imposición de la "custodia de seguridad" aparecía desconectada causalmente de los delitos condenados, como es la "nachträgliche Andordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung".

Tampoco es correcta la afirmación de que el TC alemán ha considerado la "custodia de seguridad" contraria a la Constitución alemana. Por el contrario, el TC alemán ya había declarado que la regulación era constitucional (BVerfG 5-12-2004), si bien posteriormente (BVerfG 4-5-2011) declaró la inconstitucionalidad de la específica regulación, en cuanto resultaba contraria a la doctrina del TEDH antes comentada. De modo que el TC alemán se limitó a ordenar la elaboración de una nueva regulación de la "custodia de seguridad" ajustada al CEDH en los términos indicados por las aludidas sentencias, pero sin cuestionar la medida en si misma, sino solo la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

regulación específica por los defectos tantas veces referidos. De hecho, en el momento en que se firma este voto particular la regulación se mantiene en vigor, con ciertas modulaciones introducidas por el TC alemán, y a la espera de una modificación legal que ajuste la regulación (no que la elimine) a las exigencias jurisprudenciales.

El carácter voluntarista y parcial del informe, al que aludimos inicialmente, se infiere del hecho de que, a pesar de que la que nos ocupa es una medida regulada en un gran número de países europeos, los pronunciamientos del TEDH que se son citados de en el mismo se refieren a un país solo país, Alemania, y a ciertos aspectos concretos de su regulación.

Dado que ninguna de las objeciones en su momento formuladas por el TEDH concurre en la regulación del Anteproyecto, que es plenamente respetuoso con las exigencias precedentemente citadas, no podemos compartir las críticas sobre su constitucionalidad que se contienen en el informe.

En síntesis, la posibilidad de cuestionar la oportunidad de una medida, su alcance o duración, la conveniencia de un mayor detalle o concreción de algún punto de su regulación, la posibilidad de introducir mejoras técnicas en su configuración y el especial cuidado con el que han de aplicarse las garantías exigibles, no puede equivaler a excluir su legitimidad en Derecho como iniciativa legislativa, como se hace en el informe del que discrepamos.

XI.- Por otro lado, aunque los motivos esenciales de nuestra discrepancia con el informe aprobado por la mayoría del Pleno se centran en el tratamiento dado en el mismo a la PPR y a las medidas de seguridad, por cuanto no compartimos las objeciones de inconstitucionalidad que en el mismo se efectúan y estimamos, como hemos señalado reiteradamente, que este entra en cuestiones totalmente ajenas a la facultad consultiva que a este Órgano compete, por razones técnicas, discrepamos también, entre otras cuestiones, de las consideraciones vertidas en el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

mismo en relación con la proyectada regulación de los concursos delictivos, que aunque se aparta del tratamiento penológico actual (igual para supuestos diversos) permitiría una mayor flexibilización en la imposición de las penas para ajustarlas a la gravedad de la culpabilidad por los hechos, a lo que se suma que no existe razón para mantener el idéntico tratamiento que en la norma vigente reciben el concurso ideal y el medial (que constituye una modalidad de concurso real), por lo que no carece de fundamento la diferenciación que ahora se introduce respecto de las dos figuras, aunque cabría mejorar la redacción gramatical de la norma. El prelegislador opta por incorporar la regla penológica del CP alemán, previendo que, en estos casos, los Tribunales individualicen primero separadamente las penas concretas correspondientes a cada uno de los delitos cometidos; fijando luego la pena para el hecho conjunto, imponiendo una pena final más grave que la pena concreta más grave y no superior a la suma de las individuales concretas. Ello permite una mayor discrecionalidad para la fijación de la pena global, más proporcionada a las circunstancias del caso.

Esa opción, que consideramos correcta, incluso podría haberse llevado más allá; modificando el sistema general del art. 66, que impone un automatismo en la respuesta, frente al mayor ámbito de la discrecionalidad judicial para ajustarla adecuadamente a la gravedad por la culpabilidad por el hecho, por el que se decantan gran parte de los modelos modernos del Derecho comparado.

El informe del Pleno parece querer poner límites a todas las opciones del prelegislador que introducen una mayor flexibilización de la decisión, al someterla al arbitrio judicial, crítica que se reproduce, por ejemplo, en la página 103, en relación a la fijación de la parte de la pena de efectivo cumplimiento previo a la expulsión, al que se refiere el proyectado art. 88.2, reservas que no compartimos, ya que son los Tribunales los que, en atención a las circunstancias del caso, han de individualizar la pena, sin que nada obste a que sean los mismos quienes valoren la parte de esta que ha de ser



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cumplida antes de la expulsión, puesto que una solución idéntica para todos los supuestos podría llevar a resultados injustos.

XII.- Tampoco compartimos las objeciones que se plantean en relación con la proyectada regulación del comiso. Discrepamos de la afirmación contenida en el informe de que la nueva regulación no resulta aceptable por no ajustarse a la Decisión Marco 2005/212. Por otro lado, las objeciones que se formulan no diferencian adecuadamente las figuras del comiso ordinario y el ampliado, cuya regulación no se aparta de lo ya establecido en la norma vigente. Se cuestiona, a nuestro juicio, también sin adecuado fundamento el comiso sin que medie sentencia de condena y la posibilidad de comiso posterior de bienes de valor equivalente, que ya fue introducida en la LO 15/2013. A diferencia de lo expuesto en el informe, valoramos positivamente el proyectado art. 127 sexies. Las críticas contenidas en el informe respecto de esta figura se apartan, además, de las tendencias imperantes a nivel de Derecho comunitario en esta materia.

El informe no explicita la razón por la que se objeta la posibilidad de que el legislador, como en otros países, introduzca instrumentos que permitan decomisar los bienes procedentes del delito cuando el autor de esos delitos no pueda ser perseguido porque se ha dado a la fuga o porque ha fallecido.

No podemos compartir en este punto el contenido del informe, dado que se posiciona en contra de una medida que existe en otros países, que forma parte de las discusiones actuales sobre el contenido de la nueva Directiva sobre comiso, y que constituye un eficacísimo instrumento de lucha contra el crimen organizado.

XIII.- Discrepamos también de las objeciones que se plantean en el informe en relación con algunos tipos delictivos, especialmente en las referentes al nuevo delito de administración desleal, cuya introducción valoramos positivamente, pese a las dificultades técnicas que su aplicación pueda comportar, en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cuanto contribuye a reforzar los derechos de los inversores, especialmente de los pequeños, y de todos aquellos que confían en terceros para la administración de su patrimonio.

La regulación que se cuestiona, efectivamente inspirada en el CP alemán, se ha revelado como un instrumento adecuado para la lucha contra la corrupción, tanto pública como privada, como señala la sentencia del TC alemán de 23 de junio de 2010.

El Código Penal español carece de una regulación adecuada de la administración desleal, lo que ha dado lugar a que la gran mayoría de las condenas por administración desleal no deriven de la aplicación del art. 295 CP, sino de la interpretación de la distracción de efectivo y valores patrimoniales que regula el art. 252 CP.

Las insuficiencias del actual art. 295 CP han dado lugar a la confusión habitual en la práctica entre el delito de administración desleal y el de apropiación indebida, regulados de forma yuxtapuesta y poco clara en el art. 252 CP.

En realidad, el tipo de administración desleal que aplica el Tribunal Supremo constituye una creación jurisprudencial derivada de la palabra "distracer" incluida en la redacción del art. 252 CP.

La reforma propuesta no crea espacios de inseguridad. Por el contrario, tipifica una conducta que la Jurisprudencia ha tenido que derivar de la palabra "distracer" incorporada al art. 252 CP. La defectuosa regulación actual genera confusión y contribuye al habitual retraso que se observa en una gran parte de las investigaciones penales por delitos económicos, lo que podrá ser superado con la más clara y sencilla tipificación por la que opta el anteproyecto. La redacción propuesta facilita la aplicación y la interpretación del tipo, incluyendo en el delito de administración desleal las conductas de abuso y de infidelidad, planteamiento, a nuestro juicio, acertado y al que ya apuntaba el propio TS, que ha venido interpretando que el art. 295 CP



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

vigente incluye un "tipo de infidelidad" cuyo "objeto de protección son las relaciones internas entre el administrador y la sociedad" y en el que "no es necesario que la conducta punible se manifieste mediante la celebración de negocios jurídicos en los que la sociedad sea perjudicada mediante obligaciones abusivas" (SSTS 26-7-2004, 10-3-2005); y un "tipo de abuso" cuyo "objeto de protección son las relaciones externas de la sociedad generadas por el administrador" y que se comete mediante la contratación abusiva a cargo de la sociedad.

Asimismo, la reforma supera la omisión apreciable en la figura introducida en el CP de 1995 que limita la tipicidad de la administración desleal al ámbito societario, excluyendo la tipificación específica de la administración desleal del patrimonio de las personas físicas.

El texto propuesto en el anteproyecto, al eliminar con acierto la incorrecta referencia al ánimo de lucro, facilita la persecución de la corrupción privada y pública.

Pese a valorar positivamente la nueva regulación, consideramos que se debería haber incluido en la regulación del delito de administración desleal una delimitación del concepto de perjuicio patrimonial en el sentido que se anunciaba en la exposición de motivos. De este modo se habría garantizado incluso una más sencilla y eficaz aplicación de la norma.

XIV. No compartimos las consideraciones que se efectúan respecto del mantenimiento de la actual regulación del delito de malversación de caudales públicos, frente a las cuales estimamos que las conductas que, fruto de la interpretación jurisprudencial, se vienen incardinando en este delito, quedarán sin lugar a dudas comprendidas en el nuevo tipo de administración desleal.

En realidad, la malversación de caudales públicos no es sino una administración desleal de recursos públicos llevada a cabo por un funcionario.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por ello, la malversación se configura adecuadamente como una modalidad de administración desleal que supera la tradicional consideración de la malversación como un tipo de apropiación.

La proyectada regulación evidencia con claridad que cometerá malversación, no solo el funcionario que se apropia o entrega a terceros los fondos públicos, sino todo aquel que, actuando de un modo no autorizado o incumpliendo su deber de lealtad, cause un perjuicio patrimonial a la administración. Conductas como la concesión de créditos sin garantías a terceros, la realización de inversiones irracionales, la contratación de servicios innecesarios, etc. podrán ser debidamente sancionadas conforme al modelo propuesto, como viene siendo habitual en el Derecho comparado.

La conveniencia de ofrecer respuesta a estas conductas y de modernizar la legislación vigente no parece que pueda ser puesta en duda a la luz de la actual experiencia y situación económica.

En resumen, la regulación contenida en el Anteproyecto nos parece más clara y sistemática y análoga a las existentes en Derecho comparado y proporciona un eficaz instrumento de lucha contra la corrupción, por lo que estimamos debe ser valorada positivamente.

En base a todo lo expuesto, discrepamos respetuosamente del contenido del informe aprobado por la mayoría del Pleno."

Y para que conste y surta efectos, extendo y firmo la presente en Madrid, a dieciséis de enero de dos mil trece .