

## **La actuación del abogado en el proceso penal: análisis práctico**

Sergio Herrero Alvarez (abogado)

---

CAPITULO del libro "Abogacía: claves para la práctica diaria". Obra colectiva. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Páginas 139 a 172.

# ABOGACÍA

CLAVES PARA LA PRÁCTICA DIARIA

Coordinadora:

Victoria Ortega

Autores:

Miguel Ángel Aragüés Estragués

José Arsuaga Cortazar

Loreto Bacariza Cebreros

Maria José Balda Medarde

Juan L. Cortés Gabaudán

Mariano Durán Lalaguna

Silverio Fernández Polanco

Sergio Herrero Álvarez

Jesús López-Arenas Fernández

Nazario de Oleaga Páramo

José Arturo Pérez Moreno

Francisco Real Cuenca

Nielson Sánchez Stewart

Enrique Sanz Fernández-Lomana

Carlos Suárez González



tirant | o blanch esfera

Todo el Derecho



# ABOGACÍA

*Coordinadora*

**VICTORIA ORTEGA**

*Autores*

**MIGUEL ÁNGEL ARAGÜES ESTRAGUÉS**

**JOSÉ ARSUAGA CORTÁZAR**

**MARÍA JOSÉ BALDA MEDARDE**

**JUAN CORTÉS GABAUDÁN**

**MARIANO DURÁN LALAGUNA**

**ENRIQUE SANZ FERNÁNDEZ-LOMANA**

**SILVERIO FERNÁNDEZ POLANCO**

**SERGIO HERRERO ÁLVAREZ**

**JESUS LÓPEZ-ARENAS GONZÁLEZ**

**NAZARIO DE OLEAGA PÁRAMO**

**JOSÉ ARTURO PÉREZ MORENO**

**FRANCISCO REAL CUENCA**

**NIELSON SÁNCHEZ STEWART**

**CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ**

**tirant lo blanch**

Valencia, 2013

# Índice

ABOGACÍA EN TIEMPOS DIFÍCILES .....	9
<i>Carlos Carnicer</i>	
ORGANIZACIÓN JUDICIAL.....	13
<i>José Arsuaga Cortázar</i>	
DERECHO PROCESAL CIVIL.....	87
<i>José Arturo Pérez Moreno</i>	
EL EJERCICIO PROFESIONAL EN DERECHO DE FAMILIA.....	107
<i>María José Balda Medarde</i>	
LA ACTUACIÓN DEL ABOGADO EN EL PROCESO PENAL: ANÁLISIS PRÁCTICO.....	139
<i>Sergio Herrero Álvarez</i>	
CONCEPTOS BÁSICOS TEÓRICO-PRÁCTICOS DEL DERECHO MERCANTIL .....	173
<i>Carlos Suárez González</i>	
DERECHO CONCURSAL.....	209
<i>Enrique Sanz Fernández Lomana</i>	
DERECHO TRIBUTARIO .....	231
<i>Jesús López Arenas</i>	
DERECHO ADMINISTRATIVO .....	257
<i>Silverio Fernández Polanco</i>	
DERECHO LABORAL.....	321
<i>Juan Cortés Gabaudan</i>	
LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA ABOGACÍA.....	379
<i>Mariano Durán Lalaguna</i>	
ARBITRAJE Y MEDIACIÓN.....	387
<i>Francisco Real Cuenca</i>	
LOS HONORARIOS PROFESIONALES.....	407
<i>Miguel Ángel Aragüés Estragués</i>	

---

DEONTOLOGÍA PROFESIONAL .....	427
<i>Nielson Sánchez Stewart</i>	
MARKETING Y RELACIONES CON LOS CLIENTES ¿AYUDA O NECESIDAD?	455
<i>Nazario de Oleaga Páramo</i>	

# LA ACTUACIÓN DEL ABOGADO EN EL PROCESO PENAL: ANÁLISIS PRÁCTICO

SERGIO HERRERO ÁLVAREZ

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONTACTO INICIAL CON EL CLIENTE. 3. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL EXAMEN DEL ASUNTO DEFENDIDO. 4. DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS. 5. DELITOS DE LESIONES. 6. DELITOS DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN. 7. FORMA DE CÁLCULO DE LA PENA IMPONIBLE EN CADA CASO CONCRETO. 8. ANTECEDENTES PENALES, CANCELACIÓN Y REINCIDENCIA. 9. ALTERNATIVAS AL CUMPLIMIENTO DE PENAS EN PRISIÓN. 9.1. SUSPENSIÓN CONDICIONAL ORDINARIA DE LA PENA. 9.2. SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN POR OTRAS PENAS. 9.3. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA ESPECÍFICA PARA DROGODEPENDIENTES. 9.4. TRATAMIENTO SUSTITUTORIO DE LA PRISIÓN EN CASOS DE EXENCIÓN COMPLETA O INCOMPLETA, O ATENUACIÓN, DE RESPONSABILIDAD PENAL. 9.5. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA POR TRASTORNO MENTAL SOBREVENIDO. 9.6. SUSPENSIÓN DEL INGRESO EN PRISIÓN A ENFERMOS INCURABLES. 9.7. SUSPENSIÓN DURANTE LA TRAMITACIÓN DE SOLICITUD DE INDULTO. 9.8. SUSPENSIÓN DURANTE LA TRAMITACIÓN DE RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL. 9.9. TERCER GRADO TERAPÉUTICO. 10. LA POSIBLE NEGOCIACIÓN CON LA PARTE ACUSADORA.

## **1. INTRODUCCIÓN**

El ejercicio de la abogacía en el ámbito penal reviste características distintivas muy marcadas respecto a la intervención habitual en las demás esferas de la actividad jurisdiccional. El objeto de este trabajo es presentar, en sus líneas más básicas, los conocimientos prácticos esenciales y describir las pautas de actuación más importantes para quien se enfrenta a su labor profesional en el campo del derecho penal.

Puesto que la actuación de los abogados en este orden jurisdiccional se produce muy mayoritariamente en el papel de defensores, desde esa óptica se enfoca fundamentalmente lo que sigue, sin perjuicio de que los principios y las precauciones que debe el profesional guardar son en muchas ocasiones comunes para la intervención como parte acusadora y como parte defensora. También una gran parte de lo que va a exponerse es aplicable tanto para la defensa de los intereses de una persona que ha designado libremente a su abogado como para la defensa de un justiciable al que el letrado defiende prestando el turno de oficio.

Como se deduce claramente del propio contenido, todo lo que a continuación se expone está escrito respecto a la intervención en un proceso penal en defensa o en nombre de personas físicas, sin entrar en el análisis de las peculiaridades de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, novedad introducida en el Código Penal en la reforma que entró en vigor en diciembre de 2010.

## **2. EL CONTACTO INICIAL CON EL CLIENTE**

Es relativamente variado el modo en que puede producirse el primer contacto profesional con la persona cuyos intereses va a encargarse de defender un letrado en un asunto penal. A modo de ejemplo, y sin agotar completamente la enumeración de posibles situaciones, pueden señalarse las siguientes formas de entrar en comunicación con el cliente:

- a) Designación para prestar asistencia letrada a una persona detenida, efectuada por ella misma y comunicada al abogado por medio de sus familiares o allegados o directamente por la fuerza policial que custodia al detenido.
- b) Asignación de la prestación de esa asistencia letrada por encontrarse el abogado en el servicio de guardia del turno de oficio y no haber efectuado la persona detenida designación de letrado de su libre elección.
- c) Consulta en el despacho profesional antes de haberse iniciado actuaciones policiales o judiciales contra la persona que acude al abogado, probablemente en previsión y temor de tales actuaciones, parezcan inminentes o no.

- d) Consulta en el despacho profesional sobre la posibilidad de dar inicio a actuaciones penales, como parte perjudicada, mediante denuncia o querrela.
- e) Consulta en el despacho respecto a un asunto penal ya en marcha en orden a encomendar al abogado la defensa o la acusación en el mismo, en su caso, sucediendo a otro letrado hasta entonces interviniente.

Las situaciones son desde luego variadas: en ocasiones asumiremos la defensa de alguien que se encuentra en prisión provisional y otras en libertad, a veces el cliente acudiría a nosotros nada más recibir la primera noticia de la existencia del proceso que le afecta, por ejemplo, a través de una citación policial o judicial, y otras habremos de sustituir en la dirección letrada de un caso ya muy avanzado o pendiente solamente de juicio oral. Intentaremos, por tanto, realizar observaciones y recomendaciones con la mayor utilidad general, sin perjuicio de que, en función de los diferentes acontecimientos posibles, lo que deseablemente ha de tratarse en la primera ocasión pueda ser obligadamente aplazado por resultar entonces imposible, en cuyo caso lo recomendable es hacerlo a partir de ese momento cuanto antes.

En la entrevista inicial con el cliente debemos recabar toda la información relevante que esté a nuestro alcance obtener, tanto respecto a la documentación existente como sobre las demás pruebas posibles y sobre los datos de hecho esenciales de lo realmente ocurrido. Evidentemente, la relevancia a que nos referimos es aquella relativa a la influencia en la tipificación penal de los hechos, en el grado de ejecución y participación delictiva y en la posible concurrencia de circunstancias favorables o desfavorables modificativas de la responsabilidad criminal, en la medida en que todo ello será lo que sirva para determinar la pena finalmente imponible, al término del proceso penal, a la persona defendida. Tener en cuenta, por tanto, la regulación de la llamada dosimetría penal es algo obligado desde el inicio de nuestra actuación profesional: un buen comienzo prepara un buen final.

También es directamente relevante la posible concurrencia o no de los requisitos legalmente exigibles para evitar, llegado el caso, el ingreso en prisión para el cumplimiento de una pena privativa de libertad. Un conocimiento preciso de las posibles alternativas a la ejecución carcelaria de esa pena resulta imprescindible desde el primer momento en que se asume una defensa penal. Por ello, trataremos con algún detalle las diversas vías legales existentes.

En el contacto preliminar con el cliente, o posible cliente, es imprescindible transmitirle dos advertencias de carácter general: una sobre el secreto profesional y otra sobre la garantía de los resultados esperables de la labor del abogado.

La primera advertencia indicada, preferiblemente efectuada antes de entrar a comentar los hechos del asunto encomendado, consiste en el recordatorio (en la medida en que la mayoría de los ciudadanos muy probablemente ya lo dan por supuesto) de la obligación de secreto profesional del abogado respecto a todo aquello que se le relate

o de lo que tenga conocimiento en el ejercicio de su función. Como es bien sabido, los abogados debemos guardar secreto de todos los hechos y noticias que lleguemos a conocer en el ejercicio profesional, no pudiendo ser obligados por ningún tribunal ni autoridad a declarar sobre los mismos. Ha de resaltarse, además, que el secreto profesional no es solo un derecho del abogado, sino que constituye, a la vez, una obligación para el mismo, hasta el punto de que su violación constituye, con toda evidencia, un delito de revelación de secretos tipificado en el artículo 199.2 del Código Penal. Otro rasgo trascendental de la regulación normativa del secreto profesional se refiere a su duración: esa obligación de secreto para el abogado no se extingue por la muerte del cliente y dura toda la vida del abogado.

La utilidad de subrayar al cliente lo que muy probablemente ya sabe o supone es enfatizar que la narración sincera y completa a su abogado de la realidad de lo ocurrido, sin adornos, suavizaciones ni enmascaramientos, no puede perjudicarlo en absoluto, dado que todo ello permanecerá y morirá en el secreto del profesional. Al contrario, el no confesarle la pura verdad de todo lo sucedido puede resultar contraproducente, al provocar una errada o defectuosa elección de las líneas de defensa del caso, cuando no llevar a la adopción de decisiones profesionales francamente perniciosas por no saber realmente que terreno se pisa.

La otra advertencia previa ineludible es la absoluta falta de garantías de alcanzar resultados determinados en el caso cuya defensa se encarga. Antes de iniciar cada intervención profesional ha de brindarse al cliente nuestra opinión sobre las posibilidades de éxito en el asunto encomendado, la duración previsible del mismo y sus principales incidencias predecibles, pero nunca podemos asegurar resultados. La labor del abogado es un factor de peso, sin duda, para la adecuada resolución final de cualquier proceso, pero no el único, y así ha de exponerse, con rotunda claridad, a cualquier cliente.

Esa falta de aseguramiento de resultados no es incompatible con ofrecer una impresión general sobre el caso, pero es recomendable hacerlo con la mayor prudencia posible y remarcando que esa valoración es inevitablemente provisional y a expensas de cómo vayan desarrollándose después los acontecimientos en el efectivo transcurso del proceso penal en marcha.

Especialísima prevención ha de observarse para no asegurar, ni insinuar siquiera, resultados concretos en materia de duración de la prisión provisional, cuando la persona cuya defensa se va a asumir se encuentra encarcelada preventivamente. Todo abogado sabe que son múltiples, y en buena medida de difícil pronóstico, los factores que terminan determinando si un acusado queda en libertad provisional antes de la celebración del juicio oral o, al contrario, alcanza ese momento aún en prisión preventiva. No puede olvidarse que la legislación española permite una duración máxima efectiva de cuatro años de encarcelamiento antes de dictarse la sentencia penal de primera instancia. Es fácil dejarse llevar por la intención de procurar ánimo personal a quien se encuentra (en

muchas ocasiones, por primera vez en su vida) en un centro penitenciario y sin fecha determinada, ni previsión plausible, para recuperar su libertad. Sin embargo, caer en tal humanitaria tentación es un absoluto error profesional. El abogado tiene la obligación ética de decir a su cliente toda la verdad y ello supone, permítase la insistencia, no decir lo que no se puede decir porque a ciencia cierta no se sabe: cuando va a salir de prisión esa persona.

Es importante también dar una explicación general sobre lo que materialmente ocurre en un proceso penal y lo fundamental de sus diversas fases, que puede consistir en, aproximadamente, lo siguiente:

1. La fase prejudicial, englobando la actuación policial, con o sin previa denuncia de alguna persona, la remisión por centros médicos de partes al juzgado de guardia, la identificación, toma de declaración policial y posible detención y la entrega del atestado y, en su caso, persona detenida al juzgado de instrucción.
2. La fase de instrucción judicial, sus diversas formas de inicio (atestado policial, denuncia en sede judicial, querrela, recepción de partes de atención médica, deducción de testimonio de otro proceso penal, etc.), su duración no tasada legalmente, las actuaciones que efectivamente se practican en ella (declaraciones de imputados, víctimas y testigos, emisión de informes periciales, aportación de antecedentes penales, solicitud y unión de pruebas documentales y otras posibles diligencias), la situación de libertad o prisión provisional, su mutabilidad y duración máxima, otras posibles medidas cautelares penales y civiles, y los finales posibles de esta fase instructora (en esencia: sobreseimiento, transformación en juicio de faltas o continuación hasta juicio oral por delito).
3. La fase intermedia, en la que se concreta por escrito la acusación mediante la narración de los hechos atribuidos, su tipificación penal y la solicitud de imposición de una pena concreta, después correlativamente se formaliza, también por escrito, la posición de la defensa, y, además, todas las partes, acusadoras y defensoras, articulan las pruebas que proponen para el juicio oral.
4. El juicio oral, con descripción general de su transcurso y explicación de la actuación de cada cual en el mismo (el acusado, los testigos y peritos, el fiscal, otras acusaciones, las defensas, otros posibles abogados, los magistrados, el secretario judicial y, en su caso, los jurados) de forma que se ofrezca una imagen lo más gráfica posible de lo que allí ocurre.
5. La emisión y notificación de la sentencia y los posibles recursos contra la misma.
6. La fase de ejecución de la sentencia ya firme, con indicación de las circunstancias en que su contenido implica el ingreso efectivo en prisión y una explicación suficiente de los casos en que, existiendo una condena a pena de prisión pueda

cabere su no cumplimiento carcelario, en virtud de la aplicación de alguna de las alternativas legales a ello.

También debe indicarse, nuevamente de forma muy cautelosa, la duración previsible o habitual de procesos similares, si bien con toda la insistencia necesaria sobre la falta de seguridad de esa propia estimación, dado que hay infinitud de causas que pueden en cualquier momento alterar el cálculo de tiempos: sobrecargas de trabajo del órgano judicial al que compete cada fase del procedimiento, bajas laborales de magistrados y del restante personal judicial, existencia de imputados o testigos en paradero desconocido, retraso o resistencias en la recopilación de determinadas pruebas documentales, complejidad inicial o sobrevenida de la materia del propio asunto, cambios organizativos o traslados de los órganos judiciales, reformas legales en la regulación del propio proceso penal o en algunos tipos penales, transformaciones de unos procedimientos en otros, etc.

Otro tema que debe tratarse con el cliente antes de emprender la defensa de sus intereses es la posible existencia de circunstancias que deba conocer por ser probablemente relevantes para que adopte libre y conscientemente la decisión de encargar o no esa defensa a ese abogado. Nos referimos a aquellas situaciones que aparentemente pudieran afectar a su independencia de actuación en el asunto concreto.

No nos referimos a causas de incompatibilidad para asumir la defensa: si existen lo obligado es rechazarla directamente por el letrado. Éste no puede aceptar la defensa de intereses contrapuestos con otros que esté defendiendo, o con los del propio abogado, y no debe tampoco aceptar encargos profesionales que impliquen actuaciones contra un anterior cliente. Esto último no resulta nunca recomendable y está, además, prohibido cuando exista riesgo de que el secreto de las informaciones obtenidas en la relación con el antiguo cliente pueda ser violado, o que de ellas pudiera resultar beneficio para el nuevo cliente. También debe el abogado abstenerse de ocuparse de los asuntos de un conjunto de clientes afectados por una misma situación, cuando surja un conflicto de intereses entre ellos, exista riesgo de violación del secreto profesional, o pueda estar afectada su libertad e independencia. Todo esto está claramente establecido en el Código Deontológico y afecta a la compatibilidad del profesional para desempeñar o no la defensa de un asunto determinado. Por tanto, solo si esa compatibilidad existe, y puede legítimamente el abogado aceptar ese asunto, tiene sentido la información al cliente sobre la que ahora tratamos.

El cliente tiene derecho a conocer todo aquello que pueda lícitamente influir en depositar o no su confianza en ese abogado para ese asunto. Hay mil ejemplos posibles: si el abogado tiene alguna relación de parentesco, de amistad, económica o financiera con la parte contraria del caso, o con su abogado, o con su procurador o con otros profesionales a su servicio, si el abogado milita en un partido político o asociación que va a ser parte, contraria o implicada de otra forma, en el asunto encomendado, si ha sido

abogado anteriormente de personas o entidades que se han destacado públicamente por combatir o denostar intereses similares o equivalentes a los que ahora tendría que defender en nombre del nuevo cliente, etc.

Una situación potencialmente problemática se produce cuando se le encarga a un abogado la defensa conjunta de varias personas implicadas en la misma causa penal. Aunque no existe prohibición de aceptar ese tipo de defensa (salvo que ya de inicio existan intereses enfrentados entre esos clientes), ha de valorarse la probabilidad de que surja durante el proceso un enfrentamiento o, al menos, disparidad de intereses entre las personas codefendidas, lo cual obligaría al abogado a renunciar a la defensa de todas ellas. Por tanto, en muchos casos, especialmente en procesos por posibles delitos contra la salud pública o de naturaleza económica, es preferible, tras explicar de forma clara y comprensible este motivo, asumir la defensa de una sola persona y que sea otro abogado independiente, que puede ser incluso sugerido por el primer letrado, quien desempeñe la defensa del otro encausado, con el propósito de colaborar amplia y eficazmente en todas las actuaciones que coadyuven al éxito de la defensa de ambos mientras los dos mantengan los mismos intereses y posiciones, pero con absoluta libertad de actuación posterior para cada profesional, al servicio solo de la defensa de su respectivo cliente, si sobrevienen diferencias o pugnas entre las dos partes.

Junto con la claridad meridiana en todo lo expuesto, no ha de existir menos en lo relativo al coste económico de la labor profesional contratada. La abogacía es una actividad que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, dentro del mercado de servicios profesionales, y en dicho marco los precios de los servicios jurídicos, es decir, los honorarios de los abogados, se concertan mediante libre pacto entre estos y sus clientes, sin limitación alguna, baremos mínimos ni criterios recomendados para ello por ninguna institución de la abogacía.

La libertad de acuerdo entre cliente y abogado es pues la regla para el establecimiento, convenido entre ambos, del precio de cada servicio jurídico en cada concreto encargo profesional, siendo muchas las formas posibles de determinación y cálculo de los honorarios finales resultantes. A modo de ejemplo, podemos señalar los siguientes sistemas que pueden pactarse:

- a) Un precio determinado y cerrado por toda la intervención profesional del abogado en el asunto hasta su conclusión última, incluidas todas las fases procesales, la firmeza de la sentencia y su ejecución completa, sea cual sea la complicación, las incidencias, el número de instancias procesales, la duración y las restantes peculiaridades del procedimiento.
- b) El mismo precio determinado y cerrado pero fijado de forma separada para cada una de las distintas fases en que puede dividirse el asunto, que han de constar claramente explicitadas de forma que no existan dudas sobre qué comprende cada una.

- c) Un precio variable, pero determinado entre una cifra mínima y otro importe máximo, dentro de cuyos márgenes se emitirá la minuta definitiva del abogado en razón de la complejidad, duración u otros factores del asunto, ya sea ese precio para el conjunto de todo el asunto o para cada fase del mismo, en las formas descritas en los dos apartados anteriores.
- d) Una retribución determinada por cada hora de dedicación del abogado al asunto.
- e) Una determinada retribución por cada mes, u otro periodo de tiempo fijado, de duración del asunto, incluyendo en ese precio tanto el estudio del asunto como su seguimiento y la realización de toda la labor profesional que resulte indicada, así como la atención, información y consultas al cliente.
- f) Un porcentaje de la compensación económica, indemnización o cualquier otra percepción derivada del proceso que llegue a obtener efectivamente el cliente. Este sistema se denomina cuota litis y presenta, en ocasiones, inconvenientes considerables, por lo que debe sopesarse con cuidado la utilidad de emplearlo, además de estar obviamente limitado a unos supuestos bastante concretos: la intervención como parte acusadora o perjudicada en un proceso en el que existe alta probabilidad de percepción económica efectiva por parte del cliente.
- g) Combinaciones, que pueden resultar muy variadas, de los criterios anteriores, o aplicación de otros diferentes.

Sea cual sea la fórmula pactada, lo importante es que conste con toda claridad y suficiente detalle qué es lo acordado, siendo extremadamente recomendable que se plasme por escrito mediante el correspondiente documento, ya sea un presupuesto de honorarios firmado por abogado y cliente, una hoja de encargo profesional u otro contrato de servicios jurídicos.

Hay que establecer expresamente cual va a ser la forma de pago de los honorarios pactados, es decir, el momento y los plazos, si hay, en que van a pagarse. Igualmente debe aclararse y documentarse bien la existencia y obligación de pago de otros conceptos, diferentes de los honorarios acordados y no incluidos en su importe, como serán los impuestos legales, la remuneración, en su caso, de la intervención de procuradores de los tribunales y peritos u otros profesionales, el pago de posibles tasas y depósitos y cualquier otra partida de gasto de previsible o posible producción.

Si en el asunto va a intervenir un procurador de los tribunales, la presentación al cliente de esa figura es algo que debe hacerse desde el inicio del encargo profesional, puesto que su retribución supone una parte del gasto total que el cliente va a tener que afrontar y, previamente, calcular, para decidir si puede hacer frente responsablemente al pago del coste total del asunto. Conviene advertir que existe obligatoriedad legal de designar a este profesional para el tipo de procedimiento de que se trate, cuando así sea,

y cuando no sea preceptiva su intervención explicar y justificar al cliente la utilidad de contar con ella. Ha de estimarse, al menos aproximadamente, cuál será el importe de su factura, y advertir que la misión del procurador es, esencialmente, la transmisión de información y escritos entre el órgano judicial y el abogado, por lo que muy probablemente no va a tener ningún contacto directo con la persona defendida, lo cual no quiere decir que su labor no la esté desarrollando efectivamente.

Por último, debe acordarse con el cliente cual va a ser la forma habitual de contacto con el mismo para informarle y atenderle durante la marcha del proceso: solo en persona en el despacho, mediante conversaciones telefónicas, por correo electrónico, por cualquiera de esos medios o de otro modo que se detalle. Cada abogado tendrá sus preferencias y costumbres, pero resulta difícil refutar que la mejor y más eficiente comunicación con el cliente es cara a cara en persona en el despacho profesional, o en el locutorio de la prisión si allí se encuentra. Es el tipo de contacto en el que más fácilmente se pueden evitar malas interpretaciones de lo transmitido, insuficiencia de la información o falta de comprensión de la misma por el cliente. Es también indiscutiblemente la forma de comunicación en que menos riesgo existe de vulneración del secreto entre abogado y cliente por intromisiones o escuchas, legítimas o ilegales, de terceras personas.

Respecto a la evolución y novedades del asunto encomendado hay igualmente que concretar con el cliente quienes van a ser, si las hay, las personas autorizadas por él para recibir esa información y mantener contacto, además o en vez del mismo cliente, con el abogado. El secreto profesional rige para con todo el mundo, incluidos pareja, padres, hijos, hermanos, demás parientes y amigos más cercanos de la persona defendida, a los cuales solo se les puede informar con la expresa y clara autorización de ésta. Por ello, es imprescindible que esté en todo momento claramente definido el círculo de interlocutores consentidos por el cliente. En el fondo, lo mejor realmente es que todos los contactos del abogado se restrinjan a su cliente y que a quien éste desee mantener al tanto se limite a acompañarlo en las entrevistas profesionales con el letrado.

### **3. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL EXAMEN DEL ASUNTO DEFENDIDO**

Con independencia de nuestra posición como acusación o defensa, y de los tipos delictivos de posible aplicación al caso concreto, hay tres materias generales que es preciso dominar por cualquier abogado que intervenga en asuntos penales. La primera es la manera de calcular la pena finalmente imponible al hecho objeto de condena. La segunda es la determinación precisa de la existencia o no, en el momento de tal hecho, de antecedentes penales “vivos”. La tercera es la existencia de posibles medidas alternativas al ingreso en un centro penitenciario cuando resulta finalmente impuesta en sentencia firme una pena de prisión.

Realizar una previsión sobre la probabilidad de cumplimiento efectivo o no, al término del proceso judicial, de una pena de prisión supone el previo encaje típico de la conducta en el correspondiente precepto penal. Lo cierto es que estadísticamente la mayoría de los asuntos penales van a referirse a posibles delitos contra el patrimonio, contra la salud pública, contra la seguridad vial y delitos de lesiones. De ellos, los que mayor complejidad ofrecen en la determinación penológica del Código Penal son los delitos de tráfico de drogas, los delitos de lesiones y los delitos de robo violento o intimidatorio, por lo que realizaremos un sucinto y esquemático estudio de los rasgos esenciales, tipos y penas aplicables en cada uno.

Por otra parte, en el orden procesal, dado que algunos procedimientos penales pueden concluir de forma negociada entre la parte acusadora y la defensa, aplicando el mecanismo de la conformidad, reviste gran importancia conocer con precisión todos los momentos procesales en que se puede alcanzar y plasmar ese acuerdo entre acusación y defensa, y sus consecuencias penológicas. Por tanto examinaremos también la normativa aplicable.

#### **4. DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS**

Los delitos de tráfico de drogas están regulados en los artículos 368 a 378 del Código Penal, que fueron sometidos a profunda reforma por la Ley Orgánica 5/2010, que entró en vigor en diciembre de 2010. Hasta entonces existían seis tipos penales diferentes, atendiendo, por una parte, a que el objeto del delito fuera una droga gravemente dañosa para la salud (opiáceos, cocaína y derivados, alucinógenos, anfetaminas, sustancias de síntesis y, en definitiva, casi todas las drogas) o que no cause ese grave daño (casi exclusivamente productos cannábicos y benzodiazepinas), y, por otra, a que la acción delictiva se calificara como tráfico básico (artículo 368 CP), agravado (artículo 369 CP) o ultra agravado (artículo 370 CP).

En la norma penal vigente se distinguen catorce tipos penales distintos, ya que, para cada una de las dos categorías de drogas (gravemente dañosas y no) se crean siete modalidades legales de tráfico, resultado que se plasma gráficamente en el cuadro anexo.

TIPOS Y PENAS DEL TRAFICO DE DROGAS TRAS LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DEL AÑO 2010	TIPO ATENUADO	TIPO BASICO	TIPOS AGRAVADOS PERO ATENUADOS	TIPOS AGRAVADOS: OCHO SUPUESTOS	TRES TIPOS AGRAVADOS ESPECIALES	TIPO SUPER AGRAVADO: ORGANIZACIÓN	TIPO ULTRA AGRAVADO: JEFES DE ORGANIZACIÓN
	368.2	368.1	368.2 - 369	369	370	369 BIS - 1	369 BIS - 2
<b>SUSTANCIAS QUE NO CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD</b>	6 MESES a 1 AÑO (-1 día)/MULTA MITAD/TANTO	1 a 3 AÑOS/MITAD/TANTO/DUPLIO	1 a 3 AÑOS/MITAD/TANTO	3 AÑOS y 1 día a 4 AÑOS y 6 MESES/MULTA TANTO/ CUADRUPLO	3 AÑOS y 1 día a 4 AÑOS y 6 MESES o 4 AÑOS 6 MESES y 1 día a 6 AÑOS y 9 MESES/MULTA TANTO/DUPLIO	4 AÑOS y 6 MESES a 10 AÑOS/MULTA TANTO/ CUADRUPLO	10 AÑOS y 1 día a 15 AÑOS/MULTA TANTO/ CUADRUPLO *
<b>SUSTANCIAS QUE CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD</b>	1 AÑO y 6 MESES a 3 AÑOS (-1 día)/MULTA MITAD/TANTO	3 a 6 AÑOS/MULTA TANTO/TRIPLO	3 a 6 AÑOS/MULTA MITAD/TANTO	6 AÑOS y 1 día a 9 AÑOS/MULTA TANTO/ CUADRUPLO	6 AÑOS y 1 día a 9 AÑOS o 9 AÑOS y 1 día a 13 AÑOS y 6 MESES/MULTA TANTO/TRIPLO	9 AÑOS a 12 AÑOS/MULTA TANTO/ CUADRUPLO	12 AÑOS y 1 día a 18 AÑOS/MULTA TANTO/ CUADRUPLO *

Hay tres tipos agravados especiales (370):

- 370-1 Utilización de menores de 18 años o disminuidos psíquicos
- 370-2 Jefes organizaciones dedicadas a otras actividades (369.2)
- 370-3 Extrema gravedad

\* No hay prevision legal sobre como formar la pena superior en grado a la de multa y por ello no cabe elevarla (fs)

Ha desaparecido el tipo agravado por introduccion o salida de droga del territorio nacional

Hay que destacar que por debajo, en penalidad, del tipo básico existe un tipo atenuado, de aplicación facultativa para los tribunales, atendiendo a la escasa entidad del delito y a las circunstancias personales del culpable. Ese tipo atenuado permitirá imponer, en el caso de droga “blanda”, no gravemente dañosa, una pena comprendida entre los seis meses y el año de prisión, y, cuando se trate de tráfico de droga “dura”, pena de prisión comprendida entre un año y seis meses y tres años, además de las multas que correspondan.

Con carácter general, debe advertirse que el artículo 368 del Código Penal configura con extraordinaria amplitud el ámbito de conductas típicas constitutivas del delito de tráfico de drogas. La promoción, el favorecimiento o la facilitación, de cualquier modo, del consumo ilegal de drogas por otra persona, resulta, en principio, suficiente para subsumir la conducta del sujeto activo en el marco de esta figura delictiva, considerada, desde el punto de vista técnico-jurídico, como una infracción criminal de peligro abstracto, tracto permanente y consumación anticipada.

Quedan pues incluidos dentro del tipo penal, inicialmente, todos los actos que supongan cultivo, fabricación, venta, transmisión o donación de alguna sustancia considerada como droga, así como el transporte y la mera tenencia de esa droga si se realizan con finalidad ulterior de tráfico. Las únicas actividades que no se penan respecto al uso de drogas son, precisamente, su compra, la tenencia por el tiempo necesario hasta el momento de consumirlas y el propio acto de consumo.

Esa enorme amplitud de la conducta típica hace difuminarse la distinción entre actos directos de ejecución delictiva (autoría en sentido propio), actos de colaboración imprescindible para el delito (coautoría por cooperación necesaria) y actos de ayuda meramente útil, pero no estrictamente necesaria, para la comisión del delito (complicidad). Por ello, la jurisprudencia viene declarando que la figura de la complicidad en los delitos contra la salud pública es de difícil apreciación, siendo tan sólo posible su aplicación en supuestos de mínima colaboración mediante conductas auxiliares en beneficio del verdadero traficante.

En concreto, se han calificado por el Tribunal Supremo de complicidad hechos como el mero acompañamiento a los compradores para indicarles el domicilio de quien vendía la droga, la ocultación ocasional y de brevísima duración de una pequeña parte de la droga poseída por otro o la ayuda prestada por quien no era dueño de la droga a otra persona poseedora de la misma para que intentase hacerla desaparecer ante la intervención policial inmediata. Fuera de esos excepcionales casos, cualquier intervención en el tráfico se considera autoría del delito.

Los delitos de tráfico de drogas no requieren, en ningún supuesto, el ánimo de lucro en su autor. Por ello, la donación de droga ha sido considerada siempre como delictiva por la jurisprudencia. Sin embargo, hay casos especiales de entrega de drogas que el Tribunal Supremo ha considerado no sancionables penalmente. En general, se trata de la transmisión gratuita de dosis mínimas a una persona que ya es previamente adicta a

la sustancia, por parte de un familiar o persona allegada a dicho consumidor y con la intención de evitarle los sufrimientos del síndrome de abstinencia o de ayudarle a intentar una paulatina desintoxicación mediante el consumo de dosis decrecientes. También el consumo compartido de una droga entre usuarios habituales de la misma viene siendo considerado no delictivo por el Tribunal Supremo en consolidada jurisprudencia. Igualmente se reputan atípicos los actos de compra colectiva de droga destinada al consumo de los que la adquieren, e incluso, la compra por encargo de un grupo, del cual forma parte el encargado adquirente de la droga y destinando ésta al consumo de ese propio grupo. En tales casos, la jurisprudencia exige, para considerar el hecho como no punible, que los que se agrupen para la compra conjunta de la droga estén perfectamente identificados y formen un círculo reducido y cerrado de consumidores de la sustancia, que proyecten consumirla en un lugar cerrado y de una sola vez, y que la cantidad adquirida sea escasa.

Merece la pena, por último, mencionar un problema probatorio peculiar que en ocasiones se plantea, referido a la valoración penal de la actuación de otras personas que conviven en su domicilio con el autor directo de los actos de tráfico de drogas. La jurisprudencia es, en este punto, especialmente clara: la mera convivencia domiciliaria ni es, en sí misma, un acto de cooperación con el traficante ni sirve de prueba de participación en los actos de tráfico. Bajo la fuerza de los principios constitucionales, no puede admitirse ningún tipo de presunciones de participación. No es correcto ni ortodoxo en forma alguna atribuir al hombre el tráfico por el hecho de llevarlo a cabo la mujer, o viceversa, por la circunstancia de la convivencia de ambos en el mismo piso o vivienda y el mayor o menor conocimiento que uno de ellos tenga del tráfico que realiza el otro. No se puede, por ello, atribuir la posesión de la droga para su venta o el tráfico de la misma indiscriminadamente a los dos. Hay que probar de forma plena que uno y otro llevaron a cabo actos que el legislador incorpora al núcleo de cada uno de los tipos en alguna de las modalidades de participación. Incluso conociendo uno de los convivientes el tráfico desarrollado por otro en el domicilio, ello no le convierte en partícipe si no se demuestra una contribución concreta al hecho delictivo.

## **5. DELITOS DE LESIONES**

Los delitos de lesiones están regulados en los artículos 147 a 155 del Código Penal, a los cuales complementa la punición de las faltas de lesiones en el artículo 617 del mismo texto legal. Ese conjunto de preceptos cataloga las distintas infracciones atendiendo, fundamentalmente, a la magnitud objetiva de su resultado, pudiendo sintetizarse los tipos y penas resultantes en el cuadro anexo.

<b>TIPOS Y PENAS DE LESIONES Y MALOS TRATOS DOLOSOS</b>			
<b>CONDUCTA</b>	<b>VÍCTIMA</b>	<b>ART</b>	<b>PENAS</b>
Lesiones gravísimas: pérdida órgano principal o de un sentido, impotencia, esterilidad, mutilación genital, grave deformidad o grave enfermedad	cualquiera	149	6 a 12 años de prisión
Lesiones graves: pérdida de órgano no principal o deformidad	cualquiera	150	3 a 6 años de prisión
Lesiones básicas con medios peligrosos, ensañamiento o alevosía	cualquiera	148.1 148.2	Pena facultativa de 2 a 5 años de prisión
Lesiones básicas que requieren objetivamente tratamiento médico	menor de 12 años o incapaz	148.3	
	esposa o novia	148.4	
	persona vulnerable conviviente con autor	148.5	
	resto de personas	147.1	6 meses a 3 años de prisión
Lesiones atenuadas por ser de menor gravedad	cualquiera excepto las del ámbito familiar amplio	147.2	3 a 6 meses de prisión o multa de 6 a 12 meses
Lesiones que precisan solo una primera asistencia médica	esposa o novia	153.1	6 meses a 1 año de prisión* o TBC + otras penas
	persona vulnerable conviviente con el autor		
	otras personas del ámbito familiar amplio	153.2	3 meses a 1 año de prisión* o TBC + otras penas
	resto de personas	617.1	FALTA Y NO DELITO
Lesiones que precisan solo primera asistencia cometidas CUATRO VECES en un solo año	personas ajenas al ámbito familiar amplio	147.1.2	6 meses a 3 años de prisión
Maltrato de obra SIN lesiones de ningún tipo	esposa o novia	153.1	6 meses a 1 año de prisión* o TBC + otras penas
	persona vulnerable conviviente con el autor		
	otras personas del ámbito familiar amplio	153.2	3 meses a 1 año de prisión* o TBC + otras penas
	resto de personas	617.2	FALTA Y NO DELITO

\* ATENCION: hay un tipo atenuado facultativo (153.4) que permite imponer la pena inferior en un grado

#### NOTAS:

Cuando la relación de parentesco/matrimonio/noviazgo no forme parte del tipo penal, entonces dará lugar a la posible agravante del artículo 23 CP.

Esposa o novia denominamos a las del artículo 153.1 CP (parejas femeninas actuales y pasadas)

Personas del ámbito familiar amplio denominamos a las del artículo 173.2 CP.

Salvo en los casos en que la agresión productora de la lesión ocurre dentro del círculo familiar (entendiendo ahora por tal el ámbito de personas que menciona el artículo 173.2 del Código Penal), en general, la frontera entre la calificación como delito y como falta se encuentra ligada a la necesidad o no de algo más que una primera asistencia facultativa para la adecuada curación de la lesión, ya sean más asistencias posteriores o cualquier tratamiento médico o quirúrgico. Así lo establece el artículo 147.1 del Código.

El concepto de tratamiento médico incluye el tratamiento de rehabilitación, conforme a pacífica jurisprudencia. No incluye, sin embargo, el tratamiento psicológico, salvo que éste haya sido prescrito por un médico. En cuanto al tratamiento quirúrgico, la jurisprudencia viene señalado que comprende la administración de puntos de sutura, con lo que tal actuación médica, en tanto que cirugía menor, basta para considerar existente el indicado tratamiento quirúrgico y, con ello, para atribuir a la agresión lesiva rango de delito y no de falta.

El Código no incluye dentro del concepto legal de tratamiento el conjunto de actividades médicas de seguimiento y control de la evolución de la lesión, ni la mera realización de pruebas de diagnóstico, como pueden ser análisis de todo tipo, escáneres, radiografías, etc. Todas esas actuaciones, aunque puedan ser exigidas por la *lex artis* del profesional médico (que podría incurrir en responsabilidad de omitirlas) y, por tanto, son “necesarias”, no son, sin embargo, curativas, y el Código y la jurisprudencia las excluyen expresamente del repetido concepto de tratamiento. No entran tampoco en el mismo las actuaciones médicas preventivas o profilácticas que tienen por objeto evitar complicaciones del curso de la lesión, pero no directamente la curación de dicha lesión.

Ha de resaltarse que el tratamiento que el Código tiene en cuenta es el “que la lesión requiera objetivamente para su sanidad”, con independencia de que haya sido o no efectivamente seguido o no por la persona lesionada. Eso quiere decir, por un lado, que si esa persona sigue o recibe realmente un tratamiento excesivo, innecesario o prolongado más allá de lo necesario (por ejemplo, en la esperanza de mejorar más cuando materialmente ya se ha producido la estabilización lesional definitiva con determinadas secuelas) ese plus no será tenido en cuenta penalmente. A la inversa, si la persona lesionada precisaba objetivamente para curar adecuadamente su lesión un determinado tratamiento pero en la práctica no lo recibió o cumplió, eso no altera la calificación penal de la lesión que sí requería ese tratamiento no producido. La prueba pericial médica será, en esta materia, casi siempre decisiva para determinar, en suma, cual fue la lesión y cuál era el tratamiento preciso para ella.

Por último, entre las varias cuestiones relevantes en la regulación de los tipos delictivos de lesiones, interesa especialmente la referida al subtipo agravado facultativo del artículo 148.1 del Código Penal. Este precepto permite al órgano sentenciador (aunque no le obliga, lo cual a veces se olvida) imponer la pena de dos a cinco años de prisión, en

vez de la pena de seis meses a tres años, en los casos de lesiones con rango de delito (por haber precisado objetivamente algo más que la primera asistencia médica) en los cuales la agresión se hubiere cometido utilizando “armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado”. Al respecto, el Tribunal Supremo incluye en esa descripción típica, además de las armas propiamente dichas, tanto de fuego como armas blancas, objetos tales, entre otros, como destornilladores y martillos, instrumentos metálicos punzantes en general, garrotes, estacas y palos de alguna consistencia, sillas metálicas o de madera usadas para golpear en la cabeza, puños americanos, porras y otros instrumentos para provocar descargas eléctricas, botellas o vasos de cristal y piedras o ladrillos de cierto tamaño. También las lesiones causadas por atropello con vehículos se consideran integradas en este subtipo agravado facultativo, e igualmente las causadas por la agresión con patadas en la cabeza cuando la víctima se encuentra caída en el suelo.

## 6. DELITOS DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN

Los delitos de robo con violencia o intimidación se sancionan en el artículo 242 del Código Penal, el cual atiende a tres factores distintos para configurar ocho tipos delictivos posibles, con sus respectivas penas, tal y como se muestra en el cuadro anexo.

TIPOS Y PENAS DE LOS DELITOS DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN		TIPO Y CIRCUNSTANCIAS DEL ROBO			
		ROBO DE MENOR ENTIDAD		ROBO ORDINARIO	
		SIN ARMA	CON ARMA o ATAQUE A TERCEROS	SIN ARMA	CON ARMA o ATAQUE A TERCEROS
LUGAR DONDE SE COMETE EL ROBO	CUALQUIERA	Art. 242.1.4 CP	Art. 242.3.4 CP	Art. 242.1 CP	Art. 242.3 CP
		1 a 2 años*	1 año y 9 meses a 3 años y 6 meses*	2 a 5 años	3 años y 6 meses a 5 años
	CASA HABITADA	Art. 242.2.4 CP	Art. 242.2.3.4 CP	Art. 242.2 CP	Art. 242.2.3 CP
		1 año y 9 meses a 3 años y 6 meses*	2 años 1 mes y 15 días a 4 años 2 meses y 29 días	3 años y 6 meses a 5 años	4 años y 3 meses a 5 años

\* Quiere decir “menos un día”.

Los tres factores que el Código Penal toma en consideración para atribuirles las penas correspondientes son:

- a) Que el robo se cometa en una casa habitada, o en cualquiera de sus dependencias, por una parte, o que no sea así y, al contrario, el robo se cometa en otro lugar cualquiera.

- b) Que el robo se cometa haciendo uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, o que se ataque a terceras personas (que auxilien a la víctima o persigan al ladrón), o bien, por otro lado, que no ocurra nada de todo ello.
- c) Que el robo sea “ordinario” o, por el contrario, que pueda considerarse “de menor entidad” por la existencia de una intimidación o violencia mínimas y valorando también las restantes circunstancias de lo ocurrido.

La conjugación de estos tres criterios ofrece los ocho resultados posibles que se expresan en el cuadro.

Respecto al concepto de armas u otros medios peligrosos debe tenerse en cuenta la amplia interpretación jurisprudencial ya reseñada al comentar la regulación del correspondiente subtipo agravado del delito de lesiones.

Al contrario, no está claramente definido en la jurisprudencia el conjunto de supuestos de hecho en los que deba aplicarse el tipo atenuado de robo de menor entidad, si bien es razonable su invocación, con criterios analógicos, cuando el valor del botín no exceda del límite económico entre delito y falta de hurto, es decir, en el derecho vigente 400 euros, así como en los casos en que la intimidación consista en la mera amenaza verbal de un mal de, comparativamente, no excesiva gravedad (por ejemplo, amenazar con golpear o no dejar marchar de un lugar, frente a la amenaza de muerte).

## **7. FORMA DE CÁLCULO DE LA PENA IMPONIBLE EN CADA CASO CONCRETO**

Las normas esenciales para la determinación de la pena imponible en cada concreto delito objeto de condena se contienen en los artículos 61 a 79 del Código Penal, que obligan a realizar un cálculo paso a paso para llegar a la pena resultante, en función, como elementos fundamentales, de la pena asignada en abstracto al delito correspondiente, la existencia o no de tipos o subtipos agravados o atenuados, el grado de ejecución del delito (consumación, tentativa acabada o tentativa inacabada), el grado de participación del condenado (autor o cómplice) y la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (eximentes incompletas, atenuantes muy cualificadas, atenuantes ordinarias, agravantes y agravante de reincidencia cualificada).

El resultado práctico de las normas de dosimetría penal del Código se plasma en el esquema para la determinación de la pena de los delitos dolosos paso a paso que se contiene en el cuadro anexo.

<b>FORMA DE DETERMINACION DE LA PENA DE LOS DELITOS DOLOSOS PASO A PASO:</b>	
1º)	<b>PENA correspondiente al delito concreto sancionado</b>
2º)	<b>TIPOS AGRAVADOS O ATENUADOS</b>
3º)	<b>GRADO DE EJECUCIÓN</b>  Art. 62: Si hay tentativa de delito, pena inferior en uno o dos grados  Tentativa acabada: pena inferior en un grado  Tentativa inacabada: pena inferior en dos grados, salvo razón expresada para lo contrario
4º)	<b>GRADO DE PARTICIPACIÓN</b>  Art. 63: Si es cómplice, pena inferior en un grado
5º)	<b>SI HAY UNA O VARIAS EXIMENTES INCOMPLETAS (Art. 21-1)</b>  Art. 68: Por cada eximente incompleta se impone pena inferior en uno o dos grados
6º)	<b>A. SI NO HAY NINGUNA AGRAVANTE</b>  Atenuante muy cualificada y ninguna agravante (66.1.2º): pena inferior en 1 o 2 grados  Dos o mas atenuantes y ninguna agravante (66.1.2º): pena inferior en 1 O 2 grados  Una sola atenuante y ninguna agravante (66.1.1º): pena en su mitad inferior  Ninguna atenuante y ninguna agravante (66.1.6º): pena en toda su extensión  <b>B. SI EXISTE ALGUNA AGRAVANTE</b>  Atenuantes y agravantes (66.1.7º): pena en toda su extensión o, excepcionalmente, pena inferior en un grado  Ninguna atenuante y una o dos agravantes (66.1.3º): pena en su mitad superior  Ninguna atenuante y tres o más agravantes (66.1.4º): pena en su mitad superior o pena superior en un grado en su mitad inferior  Ninguna atenuante y agravante de reincidencia cualificada (66.1.5º): pena en su mitad superior o pena superior en un grado en toda su extensión

Junto con la advertencia de la necesidad de ir siguiendo ordenadamente los pasos contemplados en el esquema, hemos de recordar tres cuestiones importantes, que en ocasiones se olvidan en la práctica profesional:

- a) Este esquema es aplicable en su integridad a la determinación de las penas en los delitos dolosos. Si se trata de la pena imponible en un delito imprudente, solo han de aplicarse los cinco pasos primeros, por disponerlo así el artículo 66.2 del Código Penal, que permite que el órgano sentenciador imponga la pena “a su

prudente arbitrio” sin obedecer a las reglas penológicas del apartado 1 del mismo artículo 66, que son las que se plasman en el paso sexto de nuestro esquema.

- b) Este esquema no es tampoco aplicable a la determinación de la pena imponible en condenas por faltas, ya que el artículo 638 del Código Penal establece que para imponer la pena correspondiente en cada caso el órgano sentenciador puede recorrer su extensión completa “a su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72 de este Código”.
- c) No puede tenerse en consideración, a la hora de aplicar por pasos el esquema, dos veces el mismo elemento. Así, por ejemplo, si lo que inicialmente es un hecho calificado como homicidio, del artículo 138 CP (al que le corresponde, en el paso uno de nuestro esquema, una pena de diez a quince años de prisión), es, en el segundo paso, un asesinato, del artículo 139 CP (como tipo agravado del homicidio por concurrir en el caso concreto la alevosía, punible con pena de quince a veinte años de prisión), no puede luego, en el paso sexto del esquema, volver a tenerse en cuenta la existencia de alevosía para considerarla como una agravante. Por el mismo motivo, no cabe aplicar la agravante de parentesco, por ejemplo, en hechos que se califican como delito, y no como falta, precisamente por la existencia de esa relación, como sucede en el delito de lesiones “de género” del artículo 153.1 CP. Tampoco cabría aplicar esa agravante de parentesco si por ese motivo ya se ha aplicado, en el paso segundo de nuestro esquema, un subtipo agravado, como ocurre, por ejemplo, en las lesiones que han requerido tratamiento causadas por un marido a su esposa, del artículo 148.4 CP. Con alcance general, esto es lo que expresa el artículo 67 del Código Penal al establecer que las reglas que se condensan en el paso sexto de nuestro esquema (que son las del artículo 66 CP) “no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”.

## 8. ANTECEDENTES PENALES, CANCELACIÓN Y REINCIDENCIA

La existencia de antecedentes penales “vivos”, es decir, no cancelados ni cancelables, de la persona responsable de un delito es un dato fundamental en cualquier proceso penal, dado que va a afectar, en primer lugar, a la posible apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia y, en segundo lugar, a la posibilidad de concesión de la suspensión ordinaria de la ejecución de la pena si la condena de prisión finalmente impuesta no supera el tope legal de los dos años de prisión.

La agravante de reincidencia se regula en el artículo 22.8 del Código Penal, que establece que concurre dicha circunstancia cuando, al delinquir, el culpable estuviera ya condenado previamente, en sentencia firme, por otro delito de la misma naturaleza y comprendido en el mismo título del Código. Añade el precepto que a sus efectos no se computarán los antecedentes penales efectivamente cancelados ni los que deberían estar cancelados.

La cancelación de antecedentes penales se regula en el artículo 136 del Código Penal, que empieza afirmando que los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de ese antecedente penal, previo informe del órgano judicial que dictó la condena que se pretende cancelar, cuando concurren dos requisitos indispensables:

- 1) Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el juez o tribunal sentenciador, salvo que hubiera mejorado la situación económica del reo. Cuando se hubiera autorizado judicialmente el pago fraccionado de esas responsabilidades, basta con que el condenado se encuentre al corriente del pago de los plazos concedidos y preste, a juicio del órgano sentenciador, garantía suficiente con respecto a la cantidad pendiente aplazada.
- 2) Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves.

Los plazos indicados se cuentan desde el día siguiente a aquel en que haya quedado extinguida la pena, pero existe una particularidad cuando esa extinción de la pena se produce no por el cumplimiento ordinario de la misma, sino por haberse otorgado la suspensión condicional de la condena y haber transcurrido el plazo de prueba señalado, llegando el condenado a obtener la remisión definitiva. En tal caso, una vez obtenida la remisión definitiva, el plazo sin delinquir de nuevo para alcanzar la cancelación del antecedente penal se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere concedido la suspensión de la pena, y entonces se tomará como fecha inicial para el cómputo de ese “cumplimiento ficticio” de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento real de la suspensión.

Termina el precepto, en lo que ahora interesa, advirtiendo que en los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos ya indicados para la cancelación, bien por solicitud del interesado, bien de oficio por el Ministerio de Justicia, ésta no se haya producido, ese antecedente penal cancelable pero no cancelado no será tenido en cuenta en otros procesos penales por el órgano judicial interviniente.

De esta regulación legal debe destacarse que, para determinar si en el momento de cometerse un delito su autor tenía o no antecedentes penales no cancelables, ha de concentrarse la atención en solo dos fechas, que son la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria del antecedente penal y la fecha de comisión del delito que en el actual proceso penal va a enjuiciarse.

Solo esas dos son las fechas relevantes para determinar lo que interesa, que es, concretamente, si el día en que se cometió el delito actualmente enjuiciado el acusado del mismo tenía o no vivo (es decir, existente y no cancelado ni cancelable) el antecedente penal que se examina. Resultan, al respecto, irrelevantes fechas como la del día de comisión del hecho anterior que constituye el antecedente penal examinado, la fecha de su enjuiciamiento y la fecha de la sentencia no firme que condenó por ello. Discúlpese la insistencia, pero solo ha de fijarse la atención en la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria. Por otro lado, resultan igualmente irrelevantes las fechas del escrito de acusación o de la celebración del juicio oral del proceso penal en el que se persigue el “delito actual”. De éste solo nos interesa la fecha de comisión del hecho.

Centrada así la atención, la cuestión estriba en comprobar, en primer lugar, si en la fecha de comisión del “delito actual” ya existía o no sentencia condenatoria firme por el “delito anterior”, y, si la respuesta a esto es afirmativa, entonces, en segundo lugar, comprobar si en la fecha de comisión del “delito actual” ese antecedente penal estaba cancelado o cancelable. Para determinar esto segundo hace falta examinar si en esa fecha (reiteramos: en la fecha de comisión del “delito actual”) había transcurrido o no el plazo legal de cancelación de ese antecedente o sentencia condenatoria firme por el “delito anterior”. Para ello, en principio, habría que conocer cuando quedó extinguida la pena impuesta en esa sentencia y computar desde la fecha de extinción el plazo legal correspondiente, indicado en el artículo 136 del Código. Sin embargo, el Tribunal Supremo advierte que, si no consta ese dato (la fecha de extinción de la pena) entonces, en beneficio del acusado, ha de computarse el plazo de cancelación del antecedente penal directamente desde la fecha de firmeza de la sentencia condenatoria: por así decirlo, como si hubiese quedado extinguida el mismo día en que fue firme.

Esto nos lleva a resumir la doctrina jurisprudencial sobre la concurrencia o no en cada caso de la circunstancia agravante de reincidencia, que puede sintetizarse en la forma siguiente:

- a) Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, tanto las agravantes como las atenuantes, no se presumen, ni en contra ni a favor del acusado, sino que tienen que estar tan acreditadas como el propio delito objeto de condena. Evidentemente, compete a la parte acusadora la carga de la prueba de las circunstancias agravantes que alegue, entre ellas la prueba de la existencia de la reincidencia.

- b) En los casos en que la acusación cuente con una condena anterior en base a la cual solicite la aplicación de la agravante de reincidencia, debe preocuparse de aportar a la causa la prueba documental acreditativa de la fecha de extinción de la pena impuesta en esa sentencia anterior, para poder computar correcta y concretamente a partir de esa fecha el plazo legal de cancelación y borrar así toda duda sobre la falta de transcurso de ese plazo cuando se cometió el “delito actual” enjuiciado.
- c) Si existe alguna duda sobre si pudo transcurrir o no el plazo legal de cancelación de un antecedente penal cuando llega el día de comisión del “delito actual”, esa duda no puede resolverse contra el reo, y, por lo tanto, no puede apreciarse la agravante de reincidencia. En suma, a la parte acusadora le compete la carga de la prueba de que el antecedente penal en ningún caso podría estar cancelable en ese momento.
- d) Si no constan en los autos los datos necesarios para computar de forma segura el plazo de cancelación, se impone practicar un cálculo del mismo en la forma más favorable posible para el acusado, como si la condena impuesta hubiera quedado extinguida el mismo día de su firmeza, dado que esto podría haber ocurrido efectivamente por circunstancias (singulares pero no imposibles) tales como el abono de prisión preventiva, redención, indulto o expediente de refundición. Por consiguiente, a falta de constancia de la fecha de extinción de la condena se cuenta el plazo de cancelación desde la propia fecha de firmeza de la sentencia a cancelar.

Respecto al requisito de la homogeneidad entre el delito anterior (que constituye el antecedente penal no cancelable) y el “delito actual” (en el que se ha de determinar si concurre o no la reincidencia) el Código Penal exige que ambos estén comprendidos en el mismo Título, lo cual es fácilmente comprobable, pero también que sean “de la misma naturaleza”, por lo que es la jurisprudencia la que viene determinando para cada tipo delictivo cuales son los otros delitos que considera de la misma naturaleza. Así, y a modo de ejemplos relevantes, hasta el momento de escribir estas líneas, en octubre de 2012, el Tribunal Supremo, entre otros, ha efectuado los siguientes pronunciamientos:

1. El delito de robo con fuerza y el delito de robo con violencia o intimidación son de la misma naturaleza a efectos de la agravante de reincidencia.
2. El delito de robo con violencia e intimidación y el delito de hurto no son de la misma naturaleza a efectos de reincidencia.
3. El delito de robo con violencia o intimidación y el delito de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno no son de la misma naturaleza a efectos de reincidencia.

4. Los delitos de robo y estafa no son de la misma naturaleza a efectos de reincidencia.
5. Los delitos de falsedad y estafa son de la misma naturaleza a efectos de reincidencia.
6. Los delitos de estafa y apropiación indebida no son delitos de la misma naturaleza a efectos de reincidencia.
7. Los delitos de apropiación indebida y alzamiento de bienes no son delitos de la misma naturaleza a efectos de reincidencia.

## 9. ALTERNATIVAS AL CUMPLIMIENTO DE PENAS EN PRISIÓN

La imposición en sentencia firme de una pena de prisión no siempre supone inexorablemente el ingreso efectivo en la cárcel para el cumplimiento de esa condena. El Código Penal español contempla y permite la aplicación, en casos determinados y con condiciones precisas, de medidas alternativas a la prisión. También en ocasiones existen otros motivos de suspensión temporal del ingreso carcelario en situaciones procedimentales peculiares. No obstante, ha de partirse de la base de que el cumplimiento de las penas de prisión por los condenados a las mismas es la norma general. Las alternativas al encarcelamiento son la excepción, a la que puede llegarse a través de las nueve vías legales que vamos a analizar. Su conocimiento detallado es imprescindible para enfocar de manera eficaz y completa la defensa de cualquier asunto penal. El abogado deberá estar, desde el comienzo de su intervención profesional, “mirando al final” para que ese final no consista en el ingreso en prisión de la persona a quien defiende.

### 9.1. SUSPENSIÓN CONDICIONAL ORDINARIA DE LA PENA

Consiste en dar una segunda oportunidad al penado. Viene regulada en los artículos 80 a 85 del Código Penal, que facultan al órgano judicial sentenciador para dejar en suspenso el cumplimiento de una pena privativa de libertad a condición de que el condenado no delinca de nuevo durante un plazo de tiempo. Ese plazo de prueba lo fija el propio juez o tribunal que concede la suspensión y oscilará entre dos y cinco años. Si se concede este beneficio al condenado y cumple lo exigido, al terminar el período de suspensión se considerará extinguida la condena. Por el contrario, de cometer un nuevo delito durante el período de prueba, se revocará la suspensión y se procederá a ejecutar la pena.

El artículo 81 del Código Penal condiciona la posibilidad de que se conceda la suspensión a que el beneficiario no hubiese delinquido y sido condenado con anterioridad por ningún delito doloso, a que la pena total impuesta en la condena no sea superior a los dos años de prisión y a la satisfacción de las responsabilidades civiles establecidas en

la sentencia. Analizaremos ahora los rasgos más importantes de cada uno de estos tres requisitos legales.

➤ **PRIMARIEDAD DELICTIVA (81-1ª CP).** Es preciso que el condenado haya delinquido por primera vez, sin que se computen, a este efecto, las posibles condenas por delitos imprudentes ni las correspondientes a antecedentes penales cancelados o cancelables conforme al artículo 136 CP.

Varias son las dificultades interpretativas que plantea esta primera condición. No obstante, dado que la expresión “delinquido por primera vez” coincide literalmente con la del artículo 93-1ª del anterior Código Penal de 1973, resulta perfectamente aplicable la doctrina jurisprudencial ya existente al respecto, que debe someramente recordarse.

La expresión legal “delinquido” ha de entenderse referida a la previa comisión de una infracción penal con rango delictivo, sin que, por lo tanto, una o varias condenas anteriores por faltas puedan servir de obstáculo legal a la concesión de la suspensión.

El Tribunal Supremo advierte además que la expresión haber delinquido supone que para denegar la aplicación de la remisión condicional por incumplimiento de esta exigencia no basta que se haya realizado un hecho que pudiera ser delictivo, sino que es necesaria la condena como delito por sentencia firme, de modo que al cometerse la nueva infracción existiera ya una condena anterior firme por delito.

Hay que advertir que, aunque los antecedentes penales ya cancelados o cancelables, las condenas por delitos imprudentes y las condenas por faltas no impiden la posible concesión de la suspensión, ello no supone, sin embargo, que su existencia sea irrelevante. Su presencia podrá ser tomada en consideración por el juez o tribunal para calibrar la peligrosidad de ese reo y, en consecuencia, conceder o denegar la suspensión, ya que ésta, como vamos luego a destacar, es facultativa, y nunca obligada, para el órgano judicial que resuelve sobre ella.

➤ **DURACIÓN MÁXIMA DE LA PENA (80-1 CP y 81-2ª CP).** Se requiere por el Código que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, “no sea superior” a los dos años de privación de libertad, resultando extraordinariamente llamativa la descoordinación que existe al respecto en dos preceptos tan cercanos y ligados. Por un lado, el artículo 81-2ª recoge tal exigencia, que supone que las penas de dos años de duración pueden ser suspendidas. Pero previamente, el artículo 80-1 se refiere a las penas “inferiores a dos años”, de lo cual se deduciría que una pena que tuviese dos años justos de duración no podría beneficiarse de la suspensión. La cuestión está claramente resuelta en los tribunales, en el sentido de admitir que las condenas que sumen dos años justos de prisión sí pueden ser objeto de suspensión. En ese cómputo del tiempo total máximo de prisión no se suma la duración de la responsabilidad personal por impago de la multa que establece el artículo 53 del Código Penal.

Un supuesto peculiar se produce cuando se imponen en la sentencia firme penas que, en su conjunto, exceden del límite legal de dos años, pero luego resultan reducidas en virtud de indulto parcial y, con ello, finalmente no son superiores a la duración máxima apta para permitir la suspensión. ¿Cabe entonces su otorgamiento? Sí. Así lo

ha determinado en algunas ocasiones el Tribunal Supremo y esa es también la práctica habitual en los demás órganos judiciales.

➤ **SATISFACCIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES CIVILES DIMANANTES DE LA CAUSA (81-3ª CP).** El Código Penal establece una tercera condición cuya concurrencia, en general, no ofrece especial dificultad. Se exige que se encuentren satisfechas las responsabilidades civiles establecidas en la sentencia o, de no estarlo, que se declare por el mismo órgano judicial la imposibilidad del condenado de hacer frente a ellas. Dado que el pago de esas indemnizaciones no es voluntario sino obligatorio para el penado, que responde con todo su patrimonio, y que de no proceder a verificar el pago se procederá a ejecutarlo forzosamente sobre todos sus bienes e ingresos, o bien tal pago se termina produciendo, y queda así satisfecha esta condición de la suspensión, o bien se declara judicialmente la insolvencia del condenado y queda también cumplido el requisito.

Parece claro que, en los casos en que la sentencia no contenga pronunciamiento definitivo sobre la cuantía de las responsabilidades civiles, difiriendo su concreción para el incidente propio de ejecución de sentencia, habrá necesariamente de aguardarse hasta entonces para la concesión o denegación de la suspensión de la pena.

Tras el análisis de los tres requisitos para la suspensión es muy importante tener en cuenta que su concesión o no es, en todo caso, facultativa para el órgano judicial sentenciador. Obviamente nos referimos al caso de que se cumplan efectivamente los requisitos legales expuestos, ya que en caso contrario lo obligado es la denegación. Ese carácter facultativo quiere decir que en ningún caso un abogado puede asegurar a su cliente que la suspensión va a ser automáticamente otorgada. Aún cuando en la práctica se conceda en un elevadísimo porcentaje de asuntos, sin embargo, casi siempre no es lo mismo que siempre. Ciertamente es que el ejercicio de esa discrecionalidad judicial habrá de ser adecuadamente motivado y quedará sujeto ordinariamente a posible control por medio de los recursos correspondientes.

A partir del cumplimiento de las condiciones indicadas, el órgano judicial habrá de resolver la concesión o denegación de la suspensión atendiendo “fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste”, según ordena el artículo 80.1 del Código Penal.

El órgano judicial que conceda la suspensión podrá condicionarla, además de a no volver a delinquir, al cumplimiento de ciertas obligaciones, cuyo catálogo se recoge en el artículo 83.1 CP, entre las cuales puede incluirse la participación de la persona condenada en programas formativos de diversos tipos (83-1-4º CP).

Notemos, por último, que esta vía para evitar el ingreso en prisión es aplicable a cualquier delincuente primario, toxicómano o no, por lo que no requiere ni la previa acreditación de la situación de drogodependencia en el proceso penal, ni tampoco que en el momento de suspenderse la pena se encuentre el condenado a tratamiento, aunque esto último podría ser establecido como condición por el juez o tribunal en cada caso concreto en uso de las facultades que para ello le confiere el texto legal.

## 9.2. SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN POR OTRAS PENAS

El artículo 88 del Código Penal permite, con el fin de evitar la influencia antisocial de la cárcel, que los órganos judiciales puedan sustituir el cumplimiento en prisión de penas de hasta dos años por la ejecución de otras penas diferentes, que consistirán en trabajos en beneficio de la comunidad, pago de multas o (solo para las penas de prisión que no excedan de seis meses) localización permanente.

Es una institución relativamente novedosa en el ordenamiento penal español, ya que fue introducida en el Código Penal de 1995, actualmente vigente. No requiere que se trate del primer delito cometido, aunque existe un cierto límite legal, ya que no se podrán beneficiar de esta sustitución de penas aquellos a quienes el artículo 94 del Código denomina reos habituales, que son quienes hayan sido condenados por cometer tres delitos del mismo tipo en el plazo de cinco años.

Al igual que en el caso anterior, también pueden los jueces y tribunales condicionar la concesión de la sustitución al cumplimiento de las obligaciones descritas en el artículo 83 del Código, entre ellas, la posible sumisión a un tratamiento deshabitador. No obstante, esta alternativa a la prisión, al igual que la primera analizada, no se contempla en la ley como especialmente destinada a drogodependientes, sino con carácter general. A pesar de ello, nada impide, naturalmente, que se beneficien de ella personas tóxicomanas.

## 9.3. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA ESPECÍFICA PARA DROGODEPENDIENTES

Se contempla esta figura como una ampliación del régimen general de suspensión de penas previsto en los artículos 80 a 85 del Código Penal.

El artículo 87 CP permite, cuando el condenado haya cometido el delito a causa de su drogodependencia, que se conceda la suspensión de penas de hasta cinco años de prisión. Se eleva así, para estos casos especiales, el tope máximo de dos años de prisión impuesto en el artículo 81 del Código. En este caso no se exige ni carencia de antecedentes penales, como en el caso de la suspensión ordinaria de la pena, ni no ser reo habitual, como en el caso de la sustitución de penas. Sin embargo, el Código advierte que en el supuesto de que el condenado sea reincidente el juez o tribunal tiene que valorar motivadamente la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión atendiendo a las circunstancias del hecho y del autor.

Es importante conocer que el requisito para posibilitar esta forma de suspensión no es la apreciación en la sentencia dictada de una circunstancia atenuante de drogodependencia, contemplada en el artículo 21.2 del Código Penal, sino que basta que se haya cometido el delito a causa de la dependencia a esas sustancias, aunque no llegue a estimarse la atenuante.

En todo caso, la concesión de la suspensión condicional de la pena en estos casos de toxicomanía exige que el condenado se encuentre, en el momento de decidirse judicialmente sobre la suspensión, o bien en tratamiento en un centro, público o privado, debidamente homologado, o bien ya deshabitado de su dependencia. Es preceptivo que se emita un informe del médico forense sobre la situación del condenado.

Si se concede la suspensión por esta vía, el plazo de prueba será de tres a cinco años (determinado en concreto por el órgano judicial en la resolución de otorgamiento del beneficio) y quedará condicionada no solo al requisito general de no cometer nuevos delitos durante ese periodo, y, en su caso, al cumplimiento de las reglas de conducta impuestas, sino también a que quien está a tratamiento de rehabilitación no lo abandone hasta su conclusión.

#### 9.4. TRATAMIENTO SUSTITUTORIO DE LA PRISIÓN EN CASOS DE EXENCIÓN COMPLETA O INCOMPLETA, O ATENUACIÓN, DE RESPONSABILIDAD PENAL

Cuando el delito es cometido por una persona cuya imputabilidad, o capacidad de responsabilidad penal, se encuentra afectada, ello comporta una doble consecuencia: por una parte, a menor imputabilidad corresponde menor pena; de otro lado, cabe aplicar en estos casos ciertas medidas de seguridad.

En los casos de abolición total de la responsabilidad penal del sujeto, el mismo queda exento de pena y sometido solamente a esas medidas, cuya duración no podrá exceder de la que tendría la pena de prisión que correspondería al delito si hubiese sido cometido por persona plenamente imputable. Nos encontramos en presencia, entonces, de una circunstancia eximente completa de la responsabilidad criminal del sujeto, contemplada en los apartados 1º y 2º del artículo 20 del Código Penal.

El tratamiento terapéutico de patologías mentales o de dependencias a sustancias psicoactivas es una de las medidas de seguridad a las que nos referimos, que aparecen reguladas en los artículos 95 a 105 del Código Penal.

En los supuestos de severa limitación, sin llegar a la total eliminación, de la responsabilidad penal de la persona concurre una circunstancia eximente incompleta (art. 21.1º del Código). En tal caso, le corresponderá tanto una pena menor como la posible aplicación de una o varias medidas de seguridad. Entre las medidas posibles, los artículos 102 y 104 incluyen el internamiento en centros de deshabitación a fin de someterse al oportuno tratamiento. Si la medida impuesta es ésta, entonces el internamiento terapéutico se llevará a cabo antes de cumplir la pena de prisión y el tiempo de tratamiento se computará y abonará como tiempo de cumplimiento de la misma, por lo que, en realidad, el internamiento se convertirá en un instrumento materialmente sustitutivo del encarcelamiento.

Un tercer grupo de casos lo forman aquellos en que la drogodependencia del sujeto ha influido en la comisión del delito, pero sin la intensidad necesaria para apreciar en el mismo una circunstancia eximente incompleta de su responsabilidad penal. Puede apreciarse entonces una disminución existente pero menor de su imputabilidad, plasmada legalmente en la circunstancia atenuante de grave adicción a drogas, del artículo 21.2º del Código. En estos casos, no prevé expresamente el texto legal la posible aplicación de la medida de tratamiento. Sin embargo, el vacío normativo ha sido llenado por el Tribunal Supremo, que ha considerado aplicable el internamiento sustitutorio en los casos de mera atenuante, ya bajo la vigencia del anterior Código Penal de 1973, manteniendo luego el mismo criterio tras la promulgación el Código Penal de 1995, actualmente vigente.

#### 9.5. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA POR TRASTORNO MENTAL SOBREVENIDO

El artículo 60 del Código se refiere a los casos en que, después de dictarse sentencia, se aprecie en el condenado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, debiendo incluirse, en principio, también los casos en que, aún siendo anterior la enfermedad mental al momento de la sentencia, sin embargo fuese detectada posteriormente. En ese caso, se suspende el cumplimiento de la pena de prisión hasta el momento del posible restablecimiento de la salud mental del condenado, tras la correspondiente asistencia médica. Alcanzado tal restablecimiento, deberá entonces cumplirse la pena, salvo que haya transcurrido el tiempo exigido en el artículo 133 del Código Penal para la prescripción de la misma. Sin embargo, el órgano judicial sentenciador queda facultado para, llegado ese momento de la vuelta a la normalidad mental, acordar el no cumplimiento de la pena o reducir su duración si estima que su ejecución efectiva pudiera resultar innecesaria o contraproducente.

#### 9.6. SUSPENSIÓN DEL INGRESO EN PRISIÓN A ENFERMOS INCURABLES

Constituye una importante facultad judicial, establecida en el artículo 80-4º del Código, que concede a los jueces y tribunales la posibilidad de otorgar la suspensión de cualquier pena, con independencia de su gravedad y sin exigencia de casi ningún requisito especial, cuando la persona condenada sufra una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. La única condición para la concesión judicial de este beneficio es que el penado no tuviera ya otra pena suspendida por este mismo motivo en el momento de cometer el delito.

La prevalencia de la infección por VIH-SIDA en población toxicómana hace especialmente aprovechable la aplicación de este artículo como medio razonable para intentar evitar el ingreso en prisión de las personas drogodependientes condenadas.

### 9.7. SUSPENSIÓN DURANTE LA TRAMITACIÓN DE SOLICITUD DE INDULTO

En caso de solicitarse por el condenado el indulto de la pena impuesta (lo cual no puede hacerse antes de la firmeza de la sentencia), puede el tribunal sentenciador dejar en suspenso el cumplimiento de la prisión mientras se tramita dicha solicitud. Así lo permite el artículo 4-4º del Código Penal. Obviamente, tal suspensión es facultativa para el órgano judicial y, en el caso de que el indulto solicitado llegue a ser denegado, deberá cumplirse la pena impuesta en la sentencia. Recuérdese que la solicitud, tramitación y concesión de indultos continua estando regulado por la Ley de 18 de junio de 1870 “por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto”.

### 9.8. SUSPENSIÓN DURANTE LA TRAMITACIÓN DE RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

Otro supuesto de suspensión temporal de la ejecución de una pena de prisión es el que cabe durante la tramitación de un recurso de amparo constitucional, en la forma regulada en el artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La regulación general de los recursos de amparo contra lesiones de derechos fundamentales atribuibles a resoluciones judiciales se contiene en los artículos 48 a 58 de la LOTC.

El recurso de amparo constitucional se inicia mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. Además, es imprescindible justificar siempre en la demanda, de forma concreta y detallada, la especial trascendencia constitucional del recurso interpuesto, atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite por el Tribunal Constitucional. Si resulta admitido, lo cual en la práctica ocurre en un porcentaje ínfimo de ocasiones, se produce su normal tramitación hasta la sentencia que otorgue o deniegue el amparo.

Ni la mera interposición del recurso de amparo ni su admisión a trámite suspende los efectos de la sentencia impugnada. Sin embargo, cuando se produce la admisión, el Tribunal Constitucional puede disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona.

Esa decisión de suspensión de la ejecución de la sentencia condenatoria puede adoptarla el Tribunal Constitucional tanto de oficio como a instancia del recurrente, que puede solicitarla en cualquier momento e, incluso, ya de forma anticipada en el propio escrito inicial de demanda de amparo para el momento en que resulte admitida a trámite.

El Tribunal Constitucional viene manteniendo como criterio general para acordar la suspensión el que la resolución judicial recurrida afecte a bienes o derechos del recurrente de amparo de imposible o muy difícil restitución a su estado anterior si no se suspende la ejecución, como es, con toda evidencia, la pérdida de la libertad personal por el cumplimiento de una pena de prisión. No obstante, ese criterio no es absoluto, ya que la decisión de suspender esa ejecución ha de ponderar también la gravedad y naturaleza de los hechos objeto de la condena penal, su trascendencia social, la duración de la pena y el tiempo restante de su cumplimiento, el riesgo de eludir la acción de la Justicia y la posible desprotección de las víctimas. El Tribunal Constitucional sostiene que entre tales circunstancias adquiere especial significación la gravedad de la pena impuesta, porque en ella se expresa la reprobación que el ordenamiento jurídico asigna al hecho delictivo cometido y, por consiguiente, la magnitud del interés en su ejecución. En consecuencia, viene aplicando como criterio fundamental para la suspensión el que la pena supere o no los cinco años de prisión, dado que es la frontera que el propio legislador establece, en el artículo 33 del Código Penal, para diferenciar entre penas menos graves y graves. En suma, lo habitual es que se otorgue la suspensión de la ejecución de penas de hasta cinco años de prisión y que se deniegue respecto a penas superiores.

### 9.9. TERCER GRADO TERAPÉUTICO

La normativa penitenciaria permite que los penados que estén cumpliendo condena abandonen la prisión para recibir tratamiento específico para deshabituación de drogodependencias y otras posibles adicciones.

En realidad, no estamos ante una alternativa legal concebida, en sentido estricto, para evitar el cumplimiento en prisión, sino como una forma alternativa de verificar ese cumplimiento, aplicable, por tanto, solamente a personas que ya han ingresado en prisión y han sido clasificadas en tercer grado penitenciario, sea al inicio de la estancia carcelaria o en un momento más avanzado de la misma. En resumidas cuentas, no se trata, por este medio, de evitar el ingreso en prisión para someterse a tratamiento, sino de, una vez en prisión, salir de ella para ser tratado.

El tratamiento en cuestión podrá tener lugar tanto en instituciones públicas como privadas, debiendo ser decidido por la administración penitenciaria, que habrá de dar cuenta de ello al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

El artículo 182 del Reglamento Penitenciario establece, como requisito para los penados que disfruten esta posibilidad de sustituir el cumplimiento carcelario por el tratamiento extrapenitenciario, la previa clasificación en tercer grado, la necesidad del tratamiento y la existencia de un programa concreto de deshabitación y seguimiento, elaborado por la institución de acogida y aprobado por el centro penitenciario en el que se encuentra el recluso.

## 10. LA POSIBLE NEGOCIACIÓN CON LA PARTE ACUSADORA

En algunos asuntos penales puede ser una actuación interesante la negociación de un consenso entre la defensa y el ministerio fiscal y, si existen, las demás acusaciones, para llegar a una sentencia de conformidad. Esto puede producirse en distintos momentos del proceso, sin necesidad de esperar al mismo día del juicio oral como, en muchas ocasiones y por distintos motivos, suele ocurrir.

Debemos destacar la conveniencia de que el abogado contacte con el fiscal tan pronto como advierta la posibilidad de reconocimiento de los hechos imputados y consecuente acuerdo con el ministerio público, especialmente en los primeros estadios del proceso a fin de obtener el beneficio establecido en el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El artículo 801 LECR recompensa la confesión del imputado y su conformidad con una pena negociada por el abogado defensor con el ministerio fiscal, premiando esa actuación, que facilita la conclusión inmediata del proceso, con una rebaja de un tercio de la pena en principio acordada entre defensa y acusación. En este caso, se dicta sentencia de conformidad por el propio Juzgado instructor de la causa, el cual, una vez firme, resolverá seguidamente sobre la concesión o denegación de la suspensión o sustitución de la pena impuestas y, a continuación, remitirá la causa al Juzgado de lo Penal correspondiente para que continúe con la ejecución de la sentencia.

Esta opción legal de resolución pactada del proceso penal requiere que los hechos imputados sean calificados por el ministerio fiscal como delito castigado en abstracto (es decir, referido a la pena que el Código Penal asigna en general al autor del delito consumado, y no lo que pueda corresponder al caso concreto del proceso) con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa de cualquier cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años. Además, la pena concreta de prisión solicitada, o la suma de ellas si existen varias, no pueden exceder de tres años de duración máxima, de forma que, al imponerse en la sentencia reducida en un tercio, la condena efectiva no puede superar los dos años de prisión.

Esta conformidad premiada del artículo 801 del Código Penal puede prestarse tanto durante la actuación inicial del Juzgado de guardia, como a lo largo de la instrucción de la causa.

Puede también llegarse a soluciones de conformidad negociadas entre acusación y defensa en otros momentos del procedimiento penal, si bien entonces ya no se producirá la rebaja legal del tercio de la pena acordada.

El análisis detallado de los posibles momentos procesales para llegar a la conformidad entre acusación y defensa muestra las siguientes posibilidades, debiendo recordarse que en ninguno de los casos está legalmente admitido que el acusado se conforme con una pena superior a seis años de prisión:

1. En las Diligencias Urgentes correspondientes al Procedimiento Rápido, reguladas en los artículos 795 al 803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la conformidad se producirá, normalmente, durante el periodo de guardia del Juzgado correspondiente, con las condiciones y efectos del artículo 801 LECR.
2. A lo largo de toda la fase de instrucción del procedimiento penal, en el seno de unas Diligencias Previas, es posible llegar a un acuerdo de conformidad con el ministerio fiscal, en cuyo caso, a tenor del artículo 779.1.5ª LECR, se podrá reconducir el procedimiento a la conformidad “premiada” del artículo 801 LECR, con la conocida reducción de un tercio de la pena.
3. Otro momento de contacto con el ministerio fiscal para un posible acuerdo de conformidad es, concluida la fase de instrucción con el auto de incoación de procedimiento abreviado, regulado en el artículo 779.1.4ª LECR, firme el mismo y antes de que formule su calificación provisional. Si se produce entonces el acuerdo, el mismo se reflejará en el propio escrito de acusación, que se firmará conjuntamente por parte del fiscal, del abogado defensor y del propio acusado, como permite el artículo 784.3 LECR.
4. También puede llegarse a una conformidad pactada, después de haber calificado la causa todas las partes, en cualquier momento anterior a las sesiones del juicio, como faculta el artículo 784.3 LECR. En tal caso se podrá documentar y firmar el acuerdo alcanzado, sin esperar para ello al día del juicio oral, tras lo cual se pondrá en conocimiento del órgano de enjuiciamiento, para intentar acelerar el señalamiento del día de la ratificación a su presencia y procurar evitar la convocatoria a los testigos y peritos cuya intervención ya no va a ser precisa.
5. Finalmente, puede pactarse una sentencia de conformidad en el trámite previo del juicio oral que contempla el artículo 787.1 LECR, en el mismo día de su inicio, pero, para la mayor comodidad y seguridad de todas las partes es muy recomendable que el contacto del abogado defensor con el fiscal que va a acudir al juicio se efectúe unos días antes del mismo.
6. Un caso especial lo constituye el juicio ante el tribunal del jurado, en el cual las partes pueden llegar a una conformidad, con el ya indicado tope punitivo de los seis años de prisión, en cualquier momento del propio juicio oral. En ese

caso, como establece el artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, se procederá a la disolución anticipada del Jurado y se dictará por el Magistrado-Presidente la sentencia correspondiente.

Por último, es evidente, en cualquier caso, la trascendencia, en el momento de pactar una conformidad que ponga fin al procedimiento, de tener la vista puesta en las alternativas posibles al ingreso en prisión, y los requisitos de cada una de las vías legales para ello en la sentencia cuyo contenido se está configurando por medio de ese acuerdo. La libertad de una persona está, en gran medida, en las manos de su abogado.

Octubre de 2012.