





# **EL SISTEMA DE SANCIONES EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL**



**LUIS ROCA AGAPITO**

**EL SISTEMA DE  
SANCIONES EN EL DERECHO  
PENAL ESPAÑOL**



2007



J. M. BOSCH EDITOR

©2007 LUIS ROCA AGAPITO

©2007 J.M. BOSCH EDITOR  
Librería Bosch, S.L.  
Ronda Universidad, 11  
08007 BARCELONA  
<http://www.libreriabosch.es>  
E-mail: [jmb@libreriabosch.es](mailto:jmb@libreriabosch.es)

Reservados todos los derechos. De conformidad con la legislación vigente, queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

ISBN: 84-7698-764-1

978-84-7698-764-1

D.L.:

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà. [www.ipstudio.es](http://www.ipstudio.es)

Impresión:

Printed in Spain – Impreso en España

*En memoria de José Lorca*



# Índice

ÍNDICE .....	9
ABREVIATURAS EMPLEADAS .....	27
PRESENTACIÓN DE LA OBRA .....	31
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>SISTEMA DE SANCIONES EN EL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO .....</b>	
	37
<b>§ 1. Introducción al sistema de sanciones .....</b>	37
<b>§ 2. Monismo y dualismo. El problema de la sanción única. . . .</b>	41
1. Monismo versus dualismo. ....	42
2. El dualismo puro. ....	43
3. La solución monista .....	44
a) Presupuestos del monismo y manifestaciones monistas. ....	44
b) Críticas dirigidas al monismo. ....	45
c) Otra posibilidad monista. Su crítica .....	48
4. El sistema vicarial y el ordenamiento jurídico español. . . .	49
a) Presupuesto: la posibilidad de intercambio o vicariedad entre pena y medida de seguridad. ....	49
b) El sistema vicarial en el ordenamiento penal español. . .	50
<b>§ 3. ¿Tercera vía en el sistema de sanciones? .....</b>	53

**CAPÍTULO II**

<b>LA PENA</b> . . . . .	59
<b>§ 4. Concepto, fundamento y fines de la pena</b> . . . . .	59
1. Consideraciones generales . . . . .	59
2. Concepto de pena . . . . .	61
a) La pena como mal en sentido naturalístico . . . . .	62
b) Distinción de la pena con otras sanciones del ordenamiento jurídico . . . . .	62
c) La pena como sanción sujeta a una serie de estrictas garantías . . . . .	65
d) La naturaleza retributiva de la pena. La culpabilidad como fundamento de la pena . . . . .	66
i. Naturaleza retributiva de la pena . . . . .	66
ii. La culpabilidad como fundamento de la imposición de una pena . . . . .	68
3. Justificación de la pena . . . . .	71
4. Fines de la pena . . . . .	73
a) Breve exposición de la evolución histórica de la teoría de los fines de la pena . . . . .	74
b) Las teorías penales . . . . .	83
i. Teorías absolutas . . . . .	83
ii. Teorías relativas . . . . .	85
iii. Teorías de la unión . . . . .	92
<b>§ 5. Clases de penas</b> . . . . .	96
1. Diversos criterios de clasificación . . . . .	96
2. La clasificación del CP español . . . . .	97
a) Según su autonomía . . . . .	97
b) Según su contenido . . . . .	103
c) Según su naturaleza y duración . . . . .	105
<b>§ 6. La pena de muerte</b> . . . . .	106
1. Historia . . . . .	107
2. Argumentos a favor y en contra de la pena de muerte . . . . .	109

3. La pena de muerte en España . . . . .	115
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD . . . . .</b>	<b>119</b>
<b>§ 7. Las penas privativas de libertad . . . . .</b>	<b>119</b>
1. Consideraciones generales . . . . .	119
2. Evolución histórica . . . . .	120
<b>§ 8. El problema de la prisión perpetua . . . . .</b>	<b>125</b>
<b>§ 9. La pena de prisión . . . . .</b>	<b>128</b>
1. Introducción . . . . .	128
2. Contenido . . . . .	130
3. Extensión . . . . .	131
4. Problemas de las penas privativas de libertad de larga y de las de corta duración . . . . .	134
a) El llamado efecto de prisionización de las penas privativas de libertad de muy larga duración . . . . .	135
b) La inutilidad e injusticia de las penas privativas de libertad de muy corta duración . . . . .	136
5. Clasificación de la pena de prisión . . . . .	138
6. Cómputo . . . . .	139
<b>§ 10. El arresto de fin de semana . . . . .</b>	<b>141</b>
<b>§ 11. La localización permanente . . . . .</b>	<b>144</b>
1. Introducción . . . . .	144
2. Ventajas e inconvenientes de la localización permanente . .	146
3. Regulación . . . . .	148
a) Gravedad . . . . .	149
b) Contenido . . . . .	149
c) Ejecución . . . . .	150
d) Incumplimiento . . . . .	152
e) Forma de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa . . . . .	152

<b>§ 12. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (remisión) . . . . .</b>	<b>152</b>
<b>§ 13. El problema de las penas cortas privativas de libertad.</b>	
<b>La sustitución y la suspensión de la pena de prisión. . . .</b>	<b>153</b>
1. La suspensión . . . . .	154
a) Supuestos de suspensión . . . . .	155
b) Criterios . . . . .	158
c) Requisitos . . . . .	159
d) Procedimiento de la suspensión . . . . .	163
e) Plazos y condiciones de la suspensión . . . . .	164
f) Quebrantamiento de las condiciones de la suspensión . .	171
g) Cumplimiento de las condiciones de la suspensión . . . .	172
2. La sustitución . . . . .	173
a) Penas sustituibles y penas substitutivas . . . . .	175
b) Módulos de conversión de las penas . . . . .	181
i. Prisión por trabajos en beneficio de la comunidad . . .	182
ii. Prisión por multa . . . . .	186
iii. Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa por trabajos en beneficio de la comunidad . . . . .	186
iv. Prisión por expulsión . . . . .	186
c) Requisitos de la sustitución . . . . .	187
d) Criterios y condiciones de la sustitución . . . . .	190
e) Procedimiento . . . . .	191
f) Quebrantamiento de la pena substitutiva. . . . .	192
<b>CAPÍTULO IV</b>	
<b>LAS PENAS PRIVATIVAS Y RESTRICTIVAS DE DERECHOS . . .</b>	<b>197</b>
<b>§ 14. Concepto, clases y funciones de las penas privativas de derechos . . . . .</b>	<b>197</b>
1. Concepto. . . . .	197
2. Clases . . . . .	198

3. Naturaleza y legitimidad . . . . .	199
4. La configuración de las penas privativas de derechos en el CP/1995 . . . . .	201
<b>§ 15. Las inhabilitaciones y suspensiones. . . . .</b>	<b>203</b>
1. Inhabilitación absoluta . . . . .	203
a) Duración . . . . .	203
b) Contenido . . . . .	204
2. Inhabilitaciones especiales . . . . .	207
a) Aspectos comunes a las inhabilitaciones especiales . . .	207
b) Las distintas clases de inhabilitación especial . . . . .	209
i. Inhabilitación especial para empleo o cargo público . . . . .	209
ii. Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo . . . . .	210
iii. Inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio . . . . .	212
iv. Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento . . . . .	213
v. Inhabilitación especial para cualquier otro derecho . .	216
3. Suspensión de empleo o cargo público . . . . .	217
<b>§ 16. Las privaciones de determinados derechos . . . . .</b>	<b>218</b>
1. Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores . . . . .	219
2. Privación del derecho a la tenencia y porte de armas . . . .	221
3. Penas privativas de derechos en interés de la víctima u otras personas . . . . .	224
a) Consideraciones previas . . . . .	224
b) Naturaleza. . . . .	226
c) Contenido . . . . .	227
i. Prohibición del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos . . . . .	227

ii. Prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas . . . . .	227
iii. Prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas . . . . .	230
d) Clasificación y duración . . . . .	231
e) Funciones . . . . .	232
i. Pena principal . . . . .	232
ii. Pena accesoria . . . . .	233
iii. Medida cautelar . . . . .	236
iv. Condiciones de la suspensión y de la sustitución de una pena de prisión . . . . .	240
v. Medida de seguridad . . . . .	241
f) Algunos aspectos sobre su ejecución . . . . .	242
<b>§ 17. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad . . . . .</b>	<b>245</b>
1. Derecho comparado y antecedentes históricos en nuestro país . . . . .	246
2. Naturaleza . . . . .	247
3. Concepto . . . . .	251
4. Clasificación y duración . . . . .	253
5. Características principales . . . . .	255
6. Circunstancias de su ejecución . . . . .	257
7. Incumplimiento . . . . .	260
<b>CAPÍTULO V</b>	
<b>LA PENA DE MULTA . . . . .</b>	<b>263</b>
<b>§ 18. Concepto y función político-criminal</b>	
<b>de la pena de multa . . . . .</b>	<b>263</b>
1. Concepto de la pena de multa . . . . .	263
a) Definición de pena de multa . . . . .	263
b) La distinción entre la pena de multa y otras sanciones pecuniarias . . . . .	264

2. Evolución histórica y la creciente importancia de la pena de multa . . . . .	267
3. Ventajas e inconvenientes de la pena de multa . . . . .	271
a) Ventajas . . . . .	271
b) Inconvenientes . . . . .	273
4. Principales modelos de la pena de multa . . . . .	275
a) Sistemas ideados para evitar los inconvenientes de la pena de multa . . . . .	275
b) Principales modelos de la pena de multa.	
Especial consideración al sistema de días-multa . . . . .	276
i. Sistema global . . . . .	276
ii. El sistema de días-multa . . . . .	277
iii. Ventajas del sistema de días-multa . . . . .	278
5. Consideraciones generales sobre la regulación de la pena de multa en el CP español . . . . .	280
<b>§ 19. El sistema de días-multa . . . . .</b>	<b>284</b>
1. Naturaleza del sistema de días-multa asumido . . . . .	284
2. Extensión de la pena de multa . . . . .	286
3. El importe de la cuota diaria . . . . .	289
4. La determinación del importe de la cuota . . . . .	290
5. Tiempo y forma de pago . . . . .	292
<b>§ 20. La multa proporcional. . . . .</b>	<b>293</b>
<b>§ 21. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. . . . .</b>	<b>295</b>
1. Consideraciones generales sobre la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa . . . . .	295
a) Fundamento. . . . .	295
b) Naturaleza. . . . .	296
c) Legitimidad . . . . .	298
2. Presupuesto de la responsabilidad personal subsidiaria . . . . .	299

3. La responsabilidad personal subsidiaria y el doble sistema de la pena de multa . . . . .	300
a) Sistema de días-multa . . . . .	301
b) Multa proporcional . . . . .	302
4. Límites de la responsabilidad personal subsidiaria . . . . .	302
5. El cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa . . . . .	304
a) Esquema general sobre el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria . . . . .	304
b) Cumplimiento en régimen de privación de libertad . . . . .	305
i. En Centro penitenciario . . . . .	305
ii. En régimen de localización permanente . . . . .	306
c) Cumplimiento en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad . . . . .	308
6. Suspensión de la responsabilidad personal subsidiaria . . . . .	309
7. Incumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria . . . . .	310

## **CAPÍTULO VI**

### **DETERMINACIÓN DE LA PENA . . . . . 311**

#### **§ 22. Sistemas legales de determinación de la pena . . . . . 311**

1. Concepto y fases de la determinación de la pena . . . . .	311
2. Sistemas de determinación de la pena . . . . .	312
3. Límites genéricos en la determinación de la pena . . . . .	315

#### **§ 23. El sistema de determinación de la pena del CP español . . . . . 315**

1. Cálculo de la pena superior o inferior en grado. Algunos problemas que suscita . . . . .	316
2. División interna de la pena en mitades . . . . .	322
3. Motivación del grado y de la extensión de la pena impuesta . . . . .	324

#### **§ 24. Determinación del marco penal . . . . . 326**

1. Determinación de la pena en atención al grado de ejecución del delito . . . . .	327
---	-----

2. Determinación de la pena en la codelincuencia. . . . .	330
3. Determinación de la pena en los concursos . . . . .	330
a) Concurso real (pluralidad de acciones y pluralidad de delitos) . . . . .	332
b) Delito continuado y delito masa (pluralidad de acciones y unidad de delito) . . . . .	345
c) Concurso ideal de delitos (unidad de acción y pluralidad de delitos) . . . . .	349
4. Determinación de la pena según las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes. . . . .	353
a) Reglas sobre la comunicabilidad de las circunstancias a partícipes y el principio de inherencia. . . . .	354
b) Contenido del artículo 66 CP . . . . .	358
d) Determinación de la pena en caso de concurrencia de alguna eximente incompleta . . . . .	365
5. Determinación de la pena en las faltas . . . . .	369
6. Criterios de individualización judicial de la pena . . . . .	370

## CAPÍTULO VII

<b>MEDIDAS DE CORRECCIÓN Y DE SEGURIDAD. . . . .</b>	<b>373</b>
<b>§ 25. El doble sistema de penas y de medidas. . . . .</b>	<b>373</b>
1. Origen y evolución del sistema de doble vía . . . . .	373
2. Breve historia de la legislación española sobre medidas. . .	375
<b>§ 26. Concepto, naturaleza, fundamento y legitimidad de las medidas . . . . .</b>	<b>376</b>
1. Concepto y naturaleza. . . . .	376
2. Fundamento de la medida: la peligrosidad criminal postdelictual . . . . .	378
a) Concepto y clases de peligrosidad. . . . .	379
b) El juicio de peligrosidad . . . . .	380
c) Peligrosidad predelictual versus peligrosidad postdelictual . . . . .	383

3. Legitimidad de las medidas: respeto a la dignidad humana.	385
<b>§ 27. La regulación de las medidas en el CP español . . . . .</b>	<b>389</b>
1. Caracterización del sistema como dualismo mitigado o tendencialmente monista . . . . .	389
2. Principios generales en la imposición de las medidas . . . . .	392
a) Límites derivados del principio de legalidad. . . . .	392
b) Límites derivados del principio de proporcionalidad . . . . .	394
3. Clases de medidas. . . . .	400
a) Criterios de clasificación . . . . .	400
b) Medidas privativas de libertad y no privativas de libertad . . . . .	400
c) Duración . . . . .	404
4. Presupuestos para la imposición de las medidas de seguridad . . . . .	405
a) Previa comisión de un hecho previsto como delito . . . . .	406
b) Estado de peligrosidad criminal . . . . .	407
i. Inimputables . . . . .	407
ii. Semiimputables . . . . .	411
5. Otras reglas relativas a la aplicación de las medidas de seguridad . . . . .	412
a) Flexibilidad en la ejecución . . . . .	412
b) Medidas complementarias no privativas de libertad . . . . .	416
c) Sustitución de medida de seguridad por expulsión del territorio . . . . .	419
d) Quebrantamiento de la medida. . . . .	420
 <b>CAPÍTULO VIII</b>	
<b>DERECHO PENAL DE MENORES . . . . .</b>	<b>423</b>
<b>§ 28. Consideraciones previas sobre los menores     y el Derecho penal . . . . .</b>	<b>423</b>
1. Naturaleza biológica, psicológica y social diferente del menor . . . . .	424

2. Modelos de reacción frente a la delincuencia de menores . . .	425
a) Modelo tutelar o de protección. . . . .	426
b) Modelo educativo o de bienestar . . . . .	427
c) Modelo de responsabilidad o de justicia. . . . .	428
<b>§ 29. Evolución histórica del Derecho penal</b>	
<b>español de menores . . . . .</b>	<b>429</b>
<b>§ 30. Estudio de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora</b>	
<b>de la Responsabilidad Penal de los Menores . . . . .</b>	<b>439</b>
1. Principios generales . . . . .	440
a) Naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa. . . . .	441
b) Respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor . . . . .	442
c) Diferenciación de diversos tramos de edad . . . . .	443
d) Flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas . . . . .	443
e) Competencia administrativa para la ejecución de las medidas . . . . .	444
f) Competencia judicial del control de la ejecución . . . . .	445
2. Ámbito de aplicación . . . . .	445
a) Ámbito subjetivo . . . . .	446
i. Determinación de la edad . . . . .	446
ii. Menores de 14 años . . . . .	448
iii. Mayores de 14 y menores de 18 años . . . . .	449
iv. Mayores de 18 y menores de 21 años . . . . .	453
b) Ámbito objetivo . . . . .	455
3. Las medidas . . . . .	457
a) Naturaleza de las medidas . . . . .	457
b) Enumeración . . . . .	458
i. Privativas de libertad . . . . .	458
ii. Medidas restrictivas de libertad . . . . .	460
iii. Medidas terapéuticas . . . . .	461
iv. Medidas educativas . . . . .	463

v. Medidas privativas de otros derechos . . . . .	464
4. Reglas para la individualización de las medidas . . . . .	466
a) Criterios para la selección de las medidas . . . . .	466
b) Reglas de determinación de las medidas . . . . .	467
5. La ejecución . . . . .	470
a) Principios generales e inicio . . . . .	470
b) Reglas especiales para las medidas de internamiento . .	474
6. La responsabilidad civil. . . . .	476

## CAPÍTULO IX

### EJECUCIÓN DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD 479

#### § 31. El Derecho penal de ejecución. En particular el

##### Derecho penitenciario. . . . . 479

1. El Derecho de ejecución. . . . .	479
2. El Derecho penitenciario . . . . .	480
a) Concepto. . . . .	480
b) Autonomía del Derecho penitenciario . . . . .	480

#### § 32. Sistemas penitenciarios . . . . . 485

1. El nacimiento de la pena de prisión . . . . .	485
a) Las casas de corrección como antecedente de la moderna pena de prisión (remisión) . . . . .	486
b) La Ilustración y la pena de prisión . . . . .	486
c) La reforma penitenciaria y John Howard . . . . .	487
d) La reforma de la arquitectura penitenciaria . . . . .	488
2. Los principales sistemas penitenciarios . . . . .	489
a) Sistema filadélfico o pensilvánico . . . . .	489
b) Sistema de Auburn . . . . .	489
c) Sistemas progresivos. . . . .	490

#### § 33. La Ley Orgánica General Penitenciaria.

##### Principios informadores . . . . . 491

1. Estructura y contenido de la LOGP . . . . .	491
--	-----

2. Principios informadores de la LOGP . . . . .	494
<b>§ 34. Grados en el cumplimiento de la pena . . . . .</b>	<b>496</b>
1. Los grados como etapas del sistema progresivo. . . . .	496
2. Grados en la clasificación del recluso . . . . .	498
a) Clasificación en segundo grado. . . . .	498
b) Clasificación en tercer grado . . . . .	499
c) Clasificación en primer grado . . . . .	501
<b>§ 35. Establecimientos penitenciarios . . . . .</b>	<b>503</b>
1. Establecimientos de preventivos. . . . .	504
2. Establecimientos de cumplimiento de penas. . . . .	504
a) Establecimientos de régimen cerrado . . . . .	505
b) Establecimientos de régimen ordinario . . . . .	505
c) Establecimientos de régimen abierto. . . . .	506
i. Centros Abiertos o de Inserción Social. . . . .	506
ii. Secciones Abiertas. . . . .	507
iii. Unidades Dependientes . . . . .	507
d) Establecimientos y departamentos para jóvenes . . . . .	507
e) Establecimientos o departamentos mixtos . . . . .	508
3. Establecimientos especiales. . . . .	508
<b>§ 36. El régimen abierto . . . . .</b>	<b>509</b>
1. Caracterización y principios que lo inspiran . . . . .	509
2. Las salidas del Centro . . . . .	510
a) Salidas programadas. Particular referencia a los controles telemáticos . . . . .	510
b) Salidas de fin de semana . . . . .	512
3. Régimen de los Centros de Inserción Social . . . . .	512
<b>§ 37. La libertad condicional . . . . .</b>	<b>513</b>
1. Concepto y naturaleza. . . . .	513
2. Presupuesto para su concesión: que se esté cumpliendo una pena privativa de libertad. . . . .	515
3. Requisitos para su concesión . . . . .	516

a) Clasificación en tercer grado . . . . .	517
b) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta. . . . .	517
i. El cómputo de los plazos . . . . .	518
ii. Primera excepción a las tres cuartas partes: adelantamiento de la concesión de la libertad condicional . . . . .	519
iii. Segunda excepción sin limitación temporal: la libertad condicional de septuagenarios y de enfermos terminales . . . . .	521
c) Que haya observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. . . . .	523
4. Condiciones de la libertad . . . . .	524
5. Procedimiento de la concesión . . . . .	525
6. Revocación de la libertad condicional . . . . .	526
<b>§ 38. Ejecución de las medidas de seguridad . . . . .</b>	<b>528</b>
<b>§ 39. El control jurisdiccional de la ejecución.</b>	
<b>El Juez de Vigilancia. . . . .</b>	<b>530</b>
1. Naturaleza jurisdiccional del control de la ejecución . . . . .	530
2. Órganos de control . . . . .	531
3. Competencia . . . . .	532
<b>§ 40. Asistencia posterior a la ejecución . . . . .</b>	<b>534</b>
 <b>CAPÍTULO X</b>	
<b>OTRAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA</b>	
<b>INFRACCIÓN PENAL (I) . . . . .</b>	
<b>537</b>	
<b>§ 41. La responsabilidad civil derivada de la comisión       de un delito . . . . .</b>	<b>538</b>
1. Concepto y naturaleza. . . . .	538
a) La responsabilidad civil como reparación del daño causado por el delito . . . . .	538

b) Naturaleza civil de la reparación del daño . . . . .	540
i. La pretendida naturaleza penal de la responsabilidad civil ex delicto . . . . .	541
ii. Carácter civil de la institución . . . . .	545
c) Diferencias entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal derivadas de la comisión de un delito . . . . .	547
d) Algunas influencias de la responsabilidad civil en la penal . . . . .	549
2. Contenido . . . . .	550
a) La restitución . . . . .	550
b) La reparación del daño . . . . .	553
c) La indemnización de los perjuicios causados . . . . .	554
3. Sujetos civilmente responsables . . . . .	559
a) Responsables civiles directos . . . . .	559
i. Responsables civiles directos que también lo son penalmente . . . . .	559
ii. La responsabilidad civil directa del asegurador . . . . .	561
iii. Responsables civiles directos que no lo son penalmente . . . . .	563
b) Responsables civiles subsidiarios . . . . .	566
c) Responsabilidad por participación a título lucrativo de los efectos de un delito o falta . . . . .	574
4. Cumplimiento de la responsabilidad civil y orden de prelación de pagos de las responsabilidades pecuniarias . . . . .	574

## CAPÍTULO XI

<b>OTRAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INFRACCIÓN PENAL (II)</b> . . . . .	577
--	-----

<b>§ 42. Las costas procesales</b> . . . . .	577
1. Concepto . . . . .	577
2. Sujetos sobre los que recaen . . . . .	578

3. Contenido . . . . .	579
<b>§ 43. Las consecuencias accesorias . . . . .</b>	<b>580</b>
1. Concepto, fundamento y naturaleza . . . . .	581
2. El comiso. . . . .	588
a) Concepto y objetos sobre los que puede recaer . . . . .	589
b) Presupuestos . . . . .	592
i. Accesoriedad respecto del hecho previsto como infracción penal . . . . .	592
ii. Carácter obligatorio del comiso . . . . .	593
c) Excepciones. . . . .	594
i. Bienes pertenecientes a un tercero no responsable penalmente adquiridos legalmente . . . . .	594
ii. Proporcionalidad del comiso . . . . .	595
d) Destino de los bienes decomisados . . . . .	597
3. Consecuencias aplicables a las personas jurídicas . . . . .	598
a) Consideraciones previas . . . . .	598
b) Presupuestos . . . . .	600
i. Sistema de numerus clausus . . . . .	600
ii. Accesoriedad respecto del hecho previsto en la ley como delito . . . . .	602
iii. La peligrosidad instrumental: la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad de su prevención. . . . .	603
c) Clases . . . . .	605
d) Medidas cautelares e incumplimiento . . . . .	609
<b>CAPÍTULO XII</b>	
<b>EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. . . . .</b>	<b>611</b>
<b>§ 44. Consideraciones generales sobre las causas de extinción     de la responsabilidad penal. . . . .</b>	<b>611</b>
1. Concepto y enumeración de las causas de extinción . . . . .	611
2. Naturaleza de las causas de extinción . . . . .	613

<b>§ 45. Examen de las causas de extinción de la responsabilidad criminal . . . . .</b>	<b>614</b>
1. La muerte del reo . . . . .	614
2. El cumplimiento de la condena . . . . .	615
3. La remisión definitiva de la pena . . . . .	616
4. El derecho de gracia: amnistía e indulto . . . . .	617
a) El derecho de gracia como reminiscencia histórica . . . . .	617
b) Régimen jurídico del indulto . . . . .	619
5. El perdón del ofendido . . . . .	624
a) Concepto y distinción con otras figuras afines . . . . .	625
b) Requisitos legales del perdón del ofendido. . . . .	627
6. La prescripción . . . . .	629
a) Concepto, fundamento y naturaleza de la prescripción. . . . .	630
b) Prescripción de los delitos. . . . .	634
i. Los plazos de prescripción . . . . .	634
ii. Reglas para el cómputo. . . . .	640
• Comienzo del cómputo . . . . .	640
• Final del cómputo . . . . .	642
c) La prescripción de la pena y de la medida de seguridad . . . . .	648
<b>§ 46. Inscripción y cancelación de antecedentes delictivos . . . . .</b>	<b>651</b>
1. La inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes. . . . .	651
2. El derecho a la cancelación de los antecedentes delictivos . . . . .	653
3. La cancelación de la anotación de medidas de seguridad . . . . .	656



## Abreviaturas Empleadas

**ACP:** anterior CP, aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

**ADPCP:** *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (citado por año y página).

**AJA:** *Actualidad Jurídica Aranzadi* (citada por número y fecha).

**AP:** *Actualidad Penal* (citada por año y página).

**BACP:** Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990.

**CDJ:** *Cuadernos de Derecho Judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial (citados por tomo, año y página).

**CLP:** *Comentarios a la Legislación penal*, EDERSA (citados por tomo, año, volúmen y página).

**CP:** Código Penal (seguido del año) (si no se indica nada se entiende que se refiere a la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

**CPC:** *Cuadernos de Política Criminal*, EDERSA (citados por número, año y página).

**EJB:** *Enciclopedia Jurídica Básica*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

**EJMF:** Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal (citados por tomo, año y página).

**EPC:** *Estudios Penales y Criminológicos*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela (citados por número, año y página).

- LH-Antón Oneca (1982):** *Estudios penales. Libro homenaje al prof. J. Antón Oneca*, Ed. Universidad de Salamanca, 1982.
- LH-Bacigalupo Zapater (2004):** *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2 vols., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- LH-Barbero Santos (2001):** *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, 2 vols., Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.
- LH-Beristain Ipiña (1989):** *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-homenaje al profesor Antonio Beristain*, Ed. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989.
- LH-Casabó Ruiz (1997):** *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, 2 vols., Ed. Universidad de Valencia, 1997.
- LH-Cerezo Mir (2002):** *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- LH-Fernández Albor (1989):** *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- LH-Jiménez de Asúa (1986):** RFDUCM monográfico nº 11 (Homenaje a Jiménez de Asúa), junio 1986.
- LH-Lidón Corbí (2002):** *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.
- LH-Pérez Vitoria (1983):** *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, 2 vols., Ed. Bosch, Barcelona, 1983.
- LH-Portero García (2001):** *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Zugaldía Espinar/Roca Roca (coords.), Ed. Universidad de Granada, 2001.
- LH-Rodríguez Devesa (1989):** *Estudios de Derecho penal y criminología. Homenaje al Prof. J.M. Rodríguez Devesa*, 2 vols., Ed. UNED, Madrid, 1989.
- LH-Rodríguez Mourullo (2005):** *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Civitas, Madrid, 2005.
- LH-del Rosal (1993):** *Política Criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.

- LH-Roxin (1997):** *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- LH-Ruiz Antón (2004):** *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- LH-Torío López (1999):** *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- LH-Valle Muñiz (2001):** *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.
- LL:** *La Ley* (citada por año, tomo y página; o por número y fecha).
- LL-Penal:** *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario* (citada por número, año y página).
- LOGP:** Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- LORRPM:** Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
- LPRS:** Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social.
- NEJ:** *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Seix Barral, Barcelona (citada por tomo, año y página).
- PANCP:** Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983.
- PCP:** Proyecto de Código Penal (seguido del año).
- PJ:** *Poder Judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial (citada por número, año y página).
- RAP:** *Revista de la Administración Pública* (citada por número, año y página).
- RD:** Real Decreto.
- RDP:** *Revista de Derecho Penal*, Ed. Lex Nova (citada por número, año y página).
- RDPC:** *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Ed. UNED (citada por número, año y página).
- RECPC:** *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Ed. Universidad de Granada (citada por número, año y página).

- REP:** *Revista de Estudios Penitenciarios* (citada por número, año y página).
- RFDUCM:** *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* (citada por año y página).
- RFDUG:** *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (citada por número, año y página).
- RGD:** *Revista General del Derecho* (citada por año y página).
- RGLJ:** *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (citada por año y página).
- RgtoP:** Real Decreto, 190/1996, de 9 febrero, que aprueba el Reglamento General Penitenciario.
- RJA:** *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* (citada por número, año y página).
- RJCat:** *Revista Jurídica de Cataluña* (citada por año y página).
- RLORRPM:** RD 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- RP:** *Revista Penal*, Ed. Praxis (citada por número, año y página).
- SSTC:** Sentencias del Tribunal Constitucional.
- SSTS:** Sentencias del Tribunal Supremo.
- STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.
- TC:** Tribunal Constitucional.
- TS:** Tribunal Supremo.

## Presentación de la Obra

La publicación de esta obra viene motivada por varias razones: unas de carácter estrictamente personal del autor, otras más bien de índole jurídica. Todas ellas, sin embargo, creo que justifican sobradamente la decisión de publicar este libro.

Por razones de índole personal, he de decir que de un tiempo a esta parte me he visto enfrascado en una profunda investigación sobre una de las consecuencias jurídicas del delito, que ha terminado culminando en la publicación de una monografía titulada *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa. Estudio histórico-comparado, dogmático y político-criminal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003. Con motivo de esta investigación se despertó en mí un gran interés por otras consecuencias jurídicas del delito, pues no en vano el estudio de la regulación de la responsabilidad personal subsidiaria me acercó al resto de las penas. En particular, y como es lógico, a la pena de multa, pero también he podido dedicarme con cierto detenimiento a la pena de prisión, a la de arresto de fin de semana (recientemente abrogada, aunque con algunas matizaciones que se verán en su momento), a la de trabajos en beneficio de la comunidad y a la novedosa pena de localización permanente. En el arresto sustitutorio por impago de multa se juntan en buena medida todos los problemas que el sistema español de penas plantea en el momento presente.

Y precisamente el presente despierta, desde el punto de vista del sistema de penas, un inusitado interés. Como es sabido, la VII Legislatura (2000-2004) se ha caracterizado por una frenética actividad legislativa,

más propia casi de otros sectores del ordenamiento jurídico que del penal. No sería exagerado calificar este período como de auténtica “legislación motorizada”<sup>1</sup>.

Mi interés por el sistema de sanciones del Derecho penal español se ha visto incrementado, aún más si cabe, por el hecho de haberme integrado en un grupo de investigación dirigido por el Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Cantabria, el Prof. Dr. Javier ÁLVAREZ GARCÍA, quien ha tenido la amabilidad de invitarme a formar parte de un ambicioso Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología dirigido por él, titulado «Las penas privativas de libertad en el momento de su ejecución: el problema de los incorregibles» (Ref. BJU2003-09447). La presente monografía se enmarca dentro de dicho Proyecto.

Por otro lado, y también en parte relacionado con las razones estrictamente personales que acabo de explicar, desde el curso académico 2003-2004 me he hecho cargo de la docencia de una asignatura optativa que se imparte en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo denominada «Las consecuencias jurídicas del delito». A medida que aquel curso avanzaba las reformas legislativas se sucedían, como antes hemos comentado. En aquellos momentos surgió en mí, entonces, la idea de elaborar un texto escrito que permitiese a los alumnos contar con un apoyo en sus estudios, más fiable que las notas que pudiesen haber tomado de mis explicaciones en las clases teóricas. Pero aquella idea ha ido creciendo y se ha convertido ahora en esta amplia monografía sobre el sistema de sanciones del Derecho penal español.

En este libro se reflexiona con detenimiento acerca del sistema de sanciones del Derecho penal español; prestando especial atención a las últimas reformas que han afectado al mismo, haciendo una valoración de las mismas en cada una de las instituciones en las que han incidido, incluyendo tam-

---

1. Durante la VII Legislatura se ha llegado a aprobar hasta 9 Leyes Orgánicas de reforma del CP, que son las siguientes: LO 7/2000, de 22 de diciembre; LO 8/2000, de 22 de diciembre; LO 3/2002, de 22 de mayo; LO 9/2002, de 10 de diciembre; LO 1/2003, de 10 de marzo; LO 7/2003, de 30 de junio; LO 11/2003, de 29 de septiembre; LO 15/2003, de 25 de noviembre; LO 20/2003, de 23 de diciembre. Y durante la VIII Legislatura ya se han aprobado otras tres Leyes Orgánicas que reforman el CP: LO 1/2004, de 28 de diciembre; la LO 2/2005, de 22 de junio; y la LO 4/2005, de 10 de octubre.

bién la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y el RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Esta obra, sin embargo, no pretende ser un «Tratado» acerca de las consecuencias jurídicas del delito<sup>2</sup>. Por ello he reducido a lo esencial las citas bibliográficas y jurisprudenciales para hacer más ágil la exposición. No obstante, para aquellas personas que estén interesadas en profundizar en alguna de las cuestiones que se abordan en este libro, se contienen numerosas notas al pie en donde se indican otros trabajos a donde se puede acudir para una mayor información<sup>3</sup>.

2. Véase el magnífico Tratado recientemente publicado de GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

3. Por supuesto, además, de algunos manuales de la Parte General de Derecho penal que abordan el estudio de las consecuencias jurídicas del delito, se puede hacer referencia también a otras obras específicamente dedicadas a ellas, entre las que destacamos las siguientes: CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997; GARCÍA VALDÉS, *La Nueva Penología*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977 [=Temas de DP (1992), 109 ss.]; *Introducción a la penología*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981; *Teoría de la pena*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985; GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas en el nuevo Código Penal español*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996; *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1ª ed., 1998; 2ª ed., 2000; 3ª ed., 2004; VON HENTIG, *La pena*, (trad. Rodríguez Devesa), 2 vols., Ed. Espasa Calpe, Madrid, t. I (1967), t. II (1968); LAMO RUBIO, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997; LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 4ª ed., 1996; 5ª ed., 2002; 6ª ed., 2005; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Teoría de la pena*, Ed. Akal, Madrid, 1991; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2005; MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996; MIR PUIG, C.: *El sistema de penas y su medición en la Reforma penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986; MOLINA BLÁZQUEZ, *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1ª ed., 1996; 2ª ed., 1998; 3ª ed., 2002; *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005; MORILLAS CUEVA, *Teoría de las consecuencias jurí-*

Por último, no quisiera finalizar esta presentación sin expresar mi agra-

*dicas del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991; RÍOS MARTÍN/SEGOVIA BERNABÉ, *Las penas y su aplicación*, Ed. Colex, Madrid, 2005; 2ª ed., 2006; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas en el nuevo Código Penal*, Ed. Comares, Granada, 1996; VAELO ESQUERDO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Universidad de Alicante, 2004.

Entre otros trabajos de carácter general relativos al sistema de sanciones del Derecho penal español que cabría citar destaque, entre otros, los siguientes: AAVV: «Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal», *CDJ* 1996 t. XXIV; AAVV: «Las penas en el Código Penal de 1995», *Studia Iuridica* nº 17, Ed. CGPJ/Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1999; BACIGALUPO ZAPATER, «El sistema de reacciones penales en las recientes reformas y propuestas latinoamericanas», *CPC* 2 (1977), 3 ss.; BARQUÍN SANZ, «Sistema de sanciones y legalidad penal», *PJ* 58 (2000), 171 ss.; BUENO ARÚS, «El sistema de penas en el Proyecto de Código Penal de 1980», *RGLJ* 248 (1980), 555 ss.; CEREZO MIR, «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas. (Introducción al informe del Comité Nacional sueco para la prevención del delito)», *ADPCP* 1979, 179 ss.; «Consideraciones político-criminales sobre el Nuevo Código Penal de 1995», *LL* 1996-3, 1470 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, «La reforma sancionatoria en el marco del sistema punitivo español», *PJ* 28 (1992), 49 ss.; FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, «El sistema de penas en el nuevo Código Penal: observaciones críticas al respecto», *CPC* 1996, 293 ss.; GARCÍA ARÁN, «El sistema de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995», en *El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado*, Ed. Universidad de Sevilla, 1996, 53 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema de penas en el futuro Código penal español», en Mir Puig (ed.), *La reforma del derecho penal*, t. I, Ed. UABarcelona, Bellaterra, 1980, 181 ss.; GÓMEZ COLOMER, «El sistema de penas y su repercusión procesal», *LL* 1996-2, 1340 ss.; DE JORGE BARREIRO, «El sistema de sanciones en el Código penal español de 1995», *ADPCP* 1996, 327 ss.; «Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», *AP* 2000, 487 ss.; LANDROVE DÍAZ, «La reforma del arsenal punitivo español», *LL* 2003-5, 1963 ss.; MAPELLI CAFFARENA, «Algunas consideraciones sobre el nuevo sistema de penas en el nuevo Código Penal», en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, Ed. UPV, San Sebastián, 1998, 47 ss.; MIR PUIG, S.: «El sistema de sanciones», *RJCat* nº extr. 1980, 21 ss.; «El sistema de sanciones en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983», *DJ* nº 37-40 (1983), 183 ss.; NÚÑEZ BARBERO, «El sentido actual de las sanciones criminales», *REP* 1971, 1163 ss.; POLAINO NAVARRETE, «Sistema de penas y medidas de seguridad en el pensamiento de Jiménez de Asúa», *LH-Jiménez de Asúa* (1986), 547 ss.; PRAT WESTERLINDH, *Las consecuencias jurídicas del delito. (Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003; ROCA AGAPITO, «Los Anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas», *LL* 2003-2, 1382; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código Penal», en *La Reforma del Derecho Penal*, MIR PUIG (ed.), Ed. Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, 165 ss.; *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 2002; SALINERO ALONSO, «El sistema de penas en el Código Penal de 1995», *JpD* 30 (1997), 68 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA, «El sistema de penas», *LL* 1996-2, 1499 ss.; SANZ MORÁN, «Penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995», en *Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales*, t. IV («Las Faltas:

decimiento a todos los miembros del Área de Derecho penal de la Universidad de Oviedo. Especialmente quisiera dar las gracias a Ángel José SANZ MORÁN, que aunque ya no esté burocráticamente vinculado a Oviedo, ha dejado honda huella en todos los que aún seguimos aquí. Desde que asistí a un curso de doctorado suyo sobre las consecuencias jurídicas del delito, me ha inculcado el interés por esta parte del Derecho penal, a veces tan olvidada por los penalistas, y sin embargo de tanta o más importancia que la teoría jurídica del delito. También me siento obligado a expresar públicamente mi agradecimiento a María Marta GONZÁLEZ TASCÓN, con quien, por tratar temas de estudio afines, he podido contrastar muchos pareceres con ella.

Por último, debo decir que cuando el verano de 2005 acababa de hacer su aparición, una terrible noticia sacudió el seno del Área de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo. El 22 de junio de 2005 recibimos con enorme tristeza la noticia de la temprana desaparición a la edad de 47 años de un excelente jurista y aun mejor persona, como ha sido José LORCA MARTÍNEZ. Se fue para siempre un compañero inolvidable, trabajador infatigable, conversador elocuentísimo del que siempre aprendía algo y aunque ya no esté aquí con nosotros: Pepe, tú sabes que nunca te olvidaremos. Espero que este libro, aunque sea modestamente, en la medida de mis posibilidades, contribuya a ello. Por eso te lo dedico.

En Oviedo, a 15 de marzo de 2006.

---

Regulación Penal y Procesal. El Nuevo Código Penal»), Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1997, 281 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «¿Política criminal del legislador, del juez, de la Administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal», LL 1998-4, 1450 ss.; «Significado político-criminal del sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Código penal de 1995», en *Las penas en el Código Penal de 1995*, Ed. CGPJ/Generalitat, Barcelona, 1999, 11 ss.; VAELO ESQUERDO, «El sistema de penas», en Bernardo del Rosal (ed.): *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia 1997, 17 ss.



## CAPÍTULO I

# Sistema de sanciones en el Derecho penal contemporáneo

## § 1. Introducción al sistema de sanciones

1. Para comenzar esta obra creo que hay que realizar algunas aclaraciones epistemológicas de carácter previo. En ella se pretende ofrecer una visión detallada, aunque no todo lo completa que pudiera ser, de las diversas consecuencias recogidas en nuestro ordenamiento jurídico para el caso de la comisión de un hecho delictivo. Por tanto, sería conveniente que el lector tuviese unas nociones elementales sobre la teoría jurídica del delito. Éste debe ser, a mi modo de ver, el método a seguir: primero habría que conocer los diversos elementos del delito y luego proceder a estudiar el sistema de consecuencias jurídicas del mismo.

En algunos manuales de reciente aparición se anticipa el estudio de la teoría de las consecuencias al de la teoría de la ley penal y del delito. Sin embargo, a mi juicio, esta exposición no se corresponde adecuadamente con la configuración de la Ciencia del Derecho penal como aquella ciencia que estudia un sector del ordenamiento jurídico, o dicho de otro modo, un conjunto de normas jurídicas. Como es sabido, en toda norma jurídica están presentes dos aspectos fundamentales: el establecimiento de una regla de conducta y la afirmación de una fuerza que constituye el medio para hacerla valer. A partir de estos dos aspectos se explica la estructura de la misma.

“La norma aparece –destaca RODRÍGUEZ MOURULLO– como vinculación axiológica de dos hechos, de suerte que toda norma expresa la implicación de un consecuente por su antecedente”<sup>4</sup>. El antecedente de la consecuencia jurídica o sanción es necesariamente el supuesto de hecho, por lo que desde un punto de vista epistemológico, primero habría que conocer la infracción penal.

Además, desde una perspectiva pedagógica creo que puede resultar confuso explicar primero las clases de pena y su ejecución, antes de saber en qué consiste la infracción penal. Por eso, si hubiese que ubicar los Capítulos recogidos en esta obra dentro de un Programa completo de la asignatura, éstos ocuparían el último lugar de la Parte General del Derecho Penal. Así sucede, por otra parte, en la propia regulación legal, que en el Libro I del CP se ocupa primero «de la infracción penal» (Tít. I) y «de las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas» (Tít. II), y solamente después de ello se ocupa «de las penas» (Tít. III), «de las medidas de seguridad» (Tít. IV), «de la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales» (Tít. V), «de las consecuencias accesorias» (Tít. VI) y «de la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos» (Tít. VII).

2. Teniendo en cuenta aspectos objetivos y subjetivos, por un lado, y formales y materiales, por otro, podríamos definir el Derecho penal como el conjunto de normas jurídicas que regulan el poder punitivo del Estado y que definen como delitos y estados peligrosos determinados supuestos a los que se asignan penas y/o medidas de seguridad como sus legítimas consecuencias jurídicas para la protección de bienes jurídicos.

Si hemos concebido las consecuencias jurídicas como una parte de la norma jurídica-penal, y hemos definido el Derecho penal como un conjunto de normas, podemos entonces decir que el sistema de consecuencias jurídi-

4. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, t. I (único publicado), Ed. Civitas, Madrid, 1977, 75-76. Véase también, al respecto, entre otros, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, 31, quien considera preferible utilizar los términos «presupuesto» y «consecuencia», en vez de «presupuesto» y «sanción» [en adelante citado como *Introducción*].

cas va a estar integrado por un conjunto de normas. Y concretamente, dicho sistema se compone necesariamente de *tres clases de normas*, a saber:

- las relativas a la *previsión legal* de las mismas, junto con su concreción en los tipos de la Parte Especial;
- las que se refieren a su determinación en el caso concreto (*individualización*);
- y, por último, las relativas a su *ejecución*.

Prevención legal, individualización y ejecución son, pues, como dice SILVA SÁNCHEZ, los tres aspectos fundamentales del contenido material de un sistema de sanciones<sup>5</sup>.

La **primera parte del sistema de sanciones penales**, dedicada a la previsión legal, pretende establecer una clasificación o tipología de las mismas, así como precisar qué concretas privaciones y restricciones de bienes y derechos son aptas para satisfacer las exigencias de la teoría de la sanción penal, a saber, retribución, prevención general y prevención especial. Se trata de saber si la privación de la vida, de la libertad, del patrimonio, etc., son los medios aptos para la realización de estas exigencias. Sin embargo, la elección del tipo de consecuencia a imponer no es una cuestión aleatoria, sino que se encuentra sujeta a unos determinados límites.

La concreción del instrumento punitivo en manos del Estado está sujeta a una serie de exigencias que se derivan de la configuración de España como un Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE), y que a la vez que limitan el uso de la fuerza por parte del Estado, también lo legitiman. No vamos a explicar ahora estos límites –en alguno tendremos ocasión de detenernos más adelante–, pero sí conviene, por lo menos, recordarlos<sup>6</sup>:

5. SILVA SÁNCHEZ, «¿Política criminal del legislador, del juez, de la Administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal», LL 1998-4, 1450 ss.

6. Seguimos en gran medida el planteamiento de MIR PUIG al respecto, quien inicialmente distinguía entre límites derivados del fundamento funcional y aquellos derivados del fundamento político (véase su *Introducción*, 124 ss.), y que tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, esos límites los deduce de la configuración del Estado español como un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) [véase, entre otros lugares, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1982, 19 ss.; y *Derecho penal. Parte General*, Ed. Reppertor, Barcelona, 7ª ed., 2004, L. 4/2 ss. (en adelante citado como *PG*)].

<b>Límites del <i>ius puniendi</i>. Límites derivados del Estado</b>		
<b>de Derecho</b>	sometimiento al Derecho	<i>principio de legalidad</i>
<b>social</b>	exigencia de necesidad de la intervención penal	<i>principio de exclusiva protección de bienes jurídicos</i>
		<i>principio de intervención mínima: subsidiariedad y fragmentariedad</i>
		<i>principio de efectividad o de utilidad de la intervención penal</i>
<b>democrático</b>	respeto a la dignidad humana	<i>principios de culpabilidad y de peligrosidad criminal</i>
		<i>principios de proporcionalidad y de non bis in idem</i>
		<i>principios de humanidad y de resocialización</i>

A este primer sector del sistema de consecuencias jurídicas del delito dedicamos con carácter general el primer capítulo de este libro. En él se examina la configuración dualista del sistema de sanciones penales que tiene nuestro ordenamiento jurídico, pues, como veremos a continuación, las principales consecuencias que se pueden derivar de la comisión de una infracción penal son dos: la pena y la medida de seguridad. La primera está prevista para aquellas personas que realizan un hecho criminal de forma culpable. Al estudio de esta sanción están dedicados los cuatro capítulos siguientes de la obra (del Cap. II al Cap. V). En cambio, para aquellas personas que no tengan capacidad de culpabilidad (o la tengan disminuida) no se les puede imponer una pena (o no resulta suficiente su imposición), por lo que para estas personas corresponderá aplicar otro tipo de consecuencias. Estas consecuencias responden, pues, a un fundamento distinto y tienen también una naturaleza distinta que la pena. A ellas están dedicados los Caps. VII y VIII, relativos a las medidas de seguridad y al Derecho penal de menores.

Entre un tipo y otro de consecuencias hemos previsto un Capítulo, el número VI, en el que se estudia la **segunda parte del sistema de sanciones penales**, esto es, la dedicada a la individualización o determinación en el caso concreto de la pena a imponer. En este capítulo se estudian las reglas que regulan la concreción de la pena abstractamente prevista para

la infracción penal a fin de ajustarla a las circunstancias del caso concreto que sean relevantes desde el punto de vista de las exigencias de la teoría de la pena.

La **tercera parte del sistema de sanciones** comprende, como hemos dicho, la ejecución, pues de nada habría servido todo lo anterior, si al final penas y medidas de seguridad pudiesen ejecutarse de cualquier manera, sin respetar los principios básicos del Estado social y democrático de Derecho que hemos dicho que limitan y legitiman el *ius puniendi*. Dentro de la ejecución de la pena sobresale por su importancia el *Derecho penitenciario*, que ha llegado a alcanzar una cierta autonomía, y que se ocupa en particular de la ejecución de las penas privativas de libertad. A este sector dedicamos el Capítulo IX, pero también iremos exponiendo a la hora de estudiar cada pena en particular algunos aspectos de la ejecución de cada una de ellas.

Para finalizar, la exposición del sistema español de sanciones penales se completa con el estudio de otras consecuencias que se pueden derivar de la comisión de un delito y también de la extinción de la pretensión punitiva del Estado. A estos temas están dedicados los tres últimos Capítulos: el X, el XI y el XII.

## § 2. Monismo y dualismo. El problema de la sanción única

Las consecuencias que se derivan de la comisión de un delito no son sólo las penas, sino que la perpetración de un hecho criminal puede acarrear también otro tipo de consecuencias. En realidad, aunque la *pena* sea la más antigua y la más importante de las sanciones que conlleva el delito, sin embargo, no es la única. También, en algunas ocasiones, se puede imponer (junto o en lugar de una pena) una *medida de seguridad*. Además, la comisión de un delito también puede suponer la imposición de otras respuestas, como son: las llamadas *consecuencias accesorias*, la *responsabilidad civil ex delicto* y las *costas procesales*.

Dejando por ahora al margen estas otras consecuencias del delito, que veremos al final de esta obra, la discusión de los penalistas ha girado sobre todo en torno a las dos respuestas por antonomasia hacia el hecho delictivo: la pena y la medida de seguridad.

## 1. Monismo *versus* dualismo

Los autores han discutido en torno a cuál podrá ser la relación existente entre la pena y la medida de seguridad, y como es lógico, dicha relación dependerá de cómo se conciba una y otra<sup>7</sup>. Si la pena se concibe como retribución y la medida de seguridad como prevención, está claro que el Derecho penal podrá seguir un doble camino o una «doble vía» en la respuesta a la comisión de una infracción penal, si es que se admiten esas dos metas como fines legítimos que deba perseguir el Derecho penal. Si, por el contrario, la pena y la medida de seguridad se conciben de la misma manera, como instrumentos de defensa de la sociedad, es decir, desde un punto de vista preventivo, al Derecho penal le bastará con reaccionar de una única manera. De este modo, el sistema de consecuencias jurídicas se podría reducir a una «única vía» o sanción única: bien la pena, o bien la medida. Por último, también cabría pensar en la posibilidad de que ambas consecuencias jurídicas pudiesen sustituirse mutuamente, esto es, reconocer su vicariedad. Por tanto, tres son los sistemas fundamentales que se han ideado al respecto: el dualista, el monista y el vicarial.

El debate que ha surgido en torno al dualismo o al monismo en el sistema de consecuencias jurídicas del delito se puede plantear en esos términos

7. La bibliografía al respecto resulta inabarcable. Véase, por todos, DE JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español. Un estudio de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 y de la doctrina de la sala de apelación de peligrosidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, 163 ss.; y SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003, 31 ss., los dos con ulteriores referencias.

Puede verse también, en referencia específica al proceso español de reforma penal, entre otros muchos, MUÑOZ CONDE, «Monismo y dualismo en el Derecho penal español», EPC t. VI (1983), 215 ss.; «Medidas de seguridad en la reforma de 1983 y en la PANCP: ¿monismo o dualismo?», RFDUCM monogr. 6 (1983), 491 ss.; QUINTERO OLIVARES, «Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código penal», en *La reforma penal y penitenciaria*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1980, 569 ss.

genéricos: si deben coexistir penas y medidas, o bien si debe desaparecer una de las dos siendo absorbida por la otra. Pero la cuestión planteada tiene también gran importancia desde un punto de vista concreto o práctico, porque en aquellos supuestos en que se juzguen hechos cometidos por semiimputables, en principio, se podrían imponer las dos consecuencias a la vez, puesto que se trata de sujetos que son imputables, pero al mismo tiempo pueden ser peligrosos.

Veamos a continuación, brevemente, cada uno de esos modelos que se han ideado.

## 2. El dualismo puro

Desde el punto de vista de un **dualismo puro**, si la pena y la medida de seguridad son distintas en cuanto a su naturaleza, estructura y funciones, resulta obligado que el Derecho penal utilice esas dos reacciones distintas. Es esencial, por tanto, para los sistemas «dualistas» o de «doble vía» (*Zweispurigkeit*, en Alemania; o *doppobinario*, en Italia) que se acumulen ambas consecuencias jurídicas, precisamente porque tienen una naturaleza, estructura y función distintas. Por lo tanto, a los semiimputables deberían imponerse, en principio, las dos. Además, se entendía que por exigencias de la Justicia retributiva, la pena debía cumplirse con prioridad a la medida.

El sistema dualista ha sido el sistema que ha existido en nuestro país hasta la reforma de 25 de junio de 1983, que introdujo un nuevo párr. 2º al art. 9.1 ACP. El art. 25.2 LPRS disponía que «si concurriere con las medidas de seguridad impuestas alguna pena total o parcialmente pendiente de ejecutar, y aquéllas y ésta no fueren susceptibles de cumplimiento simultáneo, se ejecutará preferentemente la pena». El párr. 2º del art. 9.1 ACP tras la reforma de 1983 vino a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico el sistema vicarial al establecer que «en los supuestos de eximente incompleta en relación con los números uno y tres del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta fuere privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de esta última. En tales casos, la medida se cumplirá siempre an-

tes que la pena y el período de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la misma, sin perjuicio de que el Tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento».

El problema fundamental del sistema dualista puro es que en su puesta en práctica ha demostrado ser *irracional e injusto*. La ejecución de la medida de seguridad después de la pena resulta criticable, porque las personas a las que se pueden aplicar simultáneamente ambas consecuencias (el semi-enfermo mental, el alcohólico y el toxicómano) son casos patológicos que ven aplazado el comienzo de su tratamiento, y cuya anormalidad impedirá, en muchas ocasiones, la adaptación a la disciplina del establecimiento penitenciario donde primero tendrá que cumplir la pena. Puede suceder, además, que tras haber cumplido ésta, ya no tenga sentido imponer la medida de seguridad correspondiente, porque debido al tiempo transcurrido resulte ya completamente inútil. Lo cual redundaría en otra de las críticas que se señalan al dualismo, que comporta un *dobles castigo*. A ello se refería KOHLRAUSCH, ya en 1924, cuando denunciaba un cierto «fraude de etiquetas» (*Etikettenschwindel*) ante la imposibilidad de distinguir en la práctica la pena de presidio y el internamiento de seguridad.

### 3. La solución monista

#### a) *Presupuestos del monismo y manifestaciones monistas*

El fracaso del sistema dualista puro frente a cierto ámbito de la delincuencia (fundamentalmente el formado por los semienfermos mentales peligrosos), llevó a un cierto sector de la doctrina a proponer –hay que decir que sin mucho éxito en el terreno legislativo (quizás el más destacado haya sido el Proyecto Ferri de 1921)<sup>8</sup>– su sustitución por una **solución monista**, es decir, un sistema en el cual se aplicase una pena o una medida, pero en ningún caso las dos.

8. El llamado Proyecto FERRI de 1921 se encuentra publicado, con una amplia exposición de los criterios de la reforma, en *La Scuola Positiva* 1921, 1 ss. No obstante, este Proyecto nunca llegaría a convertirse en ley.

El monismo toma como punto de partida el que la pena y la medida de seguridad no se distinguen en cuanto a su naturaleza, fundamento y fines, por lo que no tiene sentido prever dos consecuencias distintas.

Tomando este punto de partida, la absorción de la pena por la medida ha sido la meta final de dos importantes corrientes doctrinales. Por un lado, el *positivismo italiano* más radical, con autores como GRISPIGNI, propuso que ambas se refundiesen en un superconcepto de «sanción criminal». Se trata de intentar dar una respuesta a las exigencias de la prevención especial acudiendo, en exclusiva, a un resorte (la medida de seguridad) más adecuado que la pena o más coherente que la artificial combinación pena y medida del dualismo<sup>9</sup>. Por otro lado, se encontraría también en esta dirección la *Nueva Defensa Social*, que en base a su postulado de desjuridización de ciertas parcelas del Derecho penal en aras de una Política Criminal más eficaz, llevan a sugerir a autores como ANCEL la adopción de un sistema unitario de medidas, en el cual el delincuente es sometido a la justicia penal con el único fin de aplicarle un tratamiento encaminado a conseguir su reincorporación a la sociedad<sup>10</sup>.

Otras teorías «unificadoras» tratan de sintetizar en una consecuencia jurídica única, con carácter general o bien pensando sólo en supuestos concretos polémicos, las funciones asignadas a la pena y a la medida de seguridad. En estos intentos se asigna a la sanción un mínimo en correspondencia con la gravedad del delito dejando indeterminado o relativamente indeterminado el máximo, de modo que la sanción cese sólo al desaparecer la peligrosidad del reo.

### b) *Críticas dirigidas al monismo*

A pesar de que el monismo intentó superar los inconvenientes que se dirigían en contra de un dualismo puro, sin embargo, él mismo ha sido también objeto de **críticas** muy importantes.

9. GRISPIGNI, «Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria. Tentativo di una interpretazione sistematica del diritto in formazione», en *La Scuola Positiva* 1911, 193 ss. Un resumen de este trabajo se encuentra en RGLJ 123 (1913), 533 ss.

10. ANCEL, «Penas y medidas de seguridad en Derecho positivo comparado», ADPCP 1956, 443 ss. (trad. D. Mosquete).

En el plano conceptual, se ha dicho que el monismo o la vía única supone una confusión en los principios dogmáticos que inspiran a la pena y a la medida de seguridad y que en la práctica puede provocar resultados políticos poco deseables<sup>11</sup>.

Dentro de estos resultados políticos poco deseables cabe destacar que con la vía única no se ponen límites a la intervención estatal (*supra* § 1.2). El ejemplo por antonomasia de la carencia de límites lo tenemos en la *pena privativa de libertad de duración indeterminada*<sup>12</sup>, que tuvo implantación en algunos ordenamientos jurídicos, como el estadounidense o los de los países escandinavos. Sin embargo, esa duración ilimitada justificada únicamente en fines utilitaristas resulta injusta, porque atenta contra la dignidad humana, dado que se incurren en la conocida crítica kantiana de utilizar al hombre como medio para conseguir un determinado fin, y no se le consideraría como fin en sí mismo. En aras de la defensa de la sociedad, se podría llegar incluso a justificar la castración de delincuentes sexuales. Sin embargo, la medida de seguridad “no resulta justificada de la sola utilidad para la comunidad, sino de su admisibilidad ética frente al afectado”<sup>13</sup> (*infra* § 26.3). Si se atiende únicamente a fines utilitaristas en el fundamento de las respuestas penales, ello comporta un vaciamiento

11. A este respecto, cabe traer a colación las palabras de RODRÍGUEZ MOURULLO, quien señala que “penas y medidas de seguridad responden a exigencias morales diversas y no pueden, por tanto, sino tener naturaleza jurídica diversa y finalidades también distintas. La vía única, en tanto no respeta la diversidad esencial de penas y medidas y propugna un único recurso jurídico-penal, cuyo fundamento ha de ser necesariamente híbrido, supone una confusión en los principios dogmáticos que, como toda confusión de principios, puede provocar luego en la práctica resultados políticos poco deseables” (RODRÍGUEZ MOURULLO, «Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad», RGLJ 1965, 787-788).
12. Sobre la pena de duración indeterminada, véase, entre otros, ASÚA BATARRITA, «Pena indeterminada», NEJ XIX (1989), 420 ss.; DORADO MONTERO, «La sentencia indeterminada», RGLJ 120 (1912), 5 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas “a posteriori”*, Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1913 (2ª ed. muy aumentada y puesta al día, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1948); «Generalización del principio de la sentencia indeterminada», RGLJ 146 (1925), 431 ss.; PUIG PEÑA, «Condena indeterminada», NEJ IV (1981), 860 ss.
13. WELZEL, *Derecho Penal alemán* (trad. de la 11ª ed. alemana por Bustos Ramírez/Yáñez), Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, 334 [en adelante citado como DP<sup>11</sup>].

moral de las mismas, pues como dijo ANTÓN ONECA, se producirían “efectos desmoralizadores que derivan de dar el mismo significado a la responsabilidad del sano de mente y a la peligrosidad del enajenado, confusionismo que fue el blanco principal de los más entre los numerosos críticos del Proyecto Ferri de 1921”<sup>14</sup>.

Además de todo lo indicado hasta ahora, la vía única tiene otro grave inconveniente: la *delincuencia ocasional*. Este tipo de delincuencia comporta actualmente las mayores cotas de criminalidad (v.gr. la mayor parte de la delincuencia imprudente). Esta criminalidad comporta un gran escollo para la vía única, porque, como sabemos, ésta atiende fundamentalmente a fines preventivo especiales. Sin embargo, los delincuentes ocasionales no presentan probabilidad de volver a cometer un hecho delictivo, porque su comportamiento delictivo ha resultado ser un contacto episódico con la delincuencia. Por ello, la vía única, en atención a los principios preventivo-especiales que la inspiran, dejaría de castigar este tipo de delincuencia, en perjuicio de otros aspectos importantes de la intervención penal, como son la retribución y la prevención general.

En definitiva, como ha dicho DE JORGE BARREIRO, con el monismo “se pone en peligro la garantía de los derechos del individuo derivados del principio de legalidad al reforzar el carácter intimidativo de la medida de seguridad, cuando la lucha contra la criminalidad se condiciona a la mera peligrosidad valorada con respecto a la futura conducta criminal del sujeto. El acudir a una pena –indeterminada– reeducativa puede implicar un grave riesgo para la seguridad jurídica del individuo y el retorno al utilitarismo puro”<sup>15</sup>. No es de extrañar, pues, que muchos autores fuesen muy críticos con el monismo, y que llegasen a decir, como hizo JIMÉNEZ DE ASÚA, que políticamente la *Scuola Positiva*, en este punto, representó en Derecho penal la “primera agresión científica contra la libertad”<sup>16</sup>.

14. ANTÓN ONECA, *Derecho penal español. Parte general*, 2ª ed. (anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y L. Beneitez Merino), Ed. Akal, Madrid, 1986, 624 [en adelante citado como PG<sup>2</sup>].

15. DE JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, 182-183.

16. JIMÉNEZ DE ASÚA, «Libertad y Derecho penal», en *El criminalista IV*, Buenos Aires, 1951, 136 (citado por RODRÍGUEZ MOURULLO, RGLJ 1965, 786).

### c) *Otra posibilidad monista. Su crítica*

Cabría pensar también en **otra posibilidad monista**, que consistiría en la desaparición de la medida de seguridad, quedando únicamente la pena. Esta posibilidad ha sido sugerida en nuestro país por RODRÍGUEZ DEVESA<sup>17</sup>, quien señala que “a lo largo del tiempo, las medidas se han mostrado también impotentes para contener el auge de la criminalidad, el aumento de la delincuencia juvenil, cada día más preocupante, y la elevación de las tasas de la reincidencia”. “Es una grosera burla del principio de legalidad el afirmar que se respeta exigiendo para la imposición de la medida que la peligrosidad se muestre a raíz de la comisión de un delito, señalando en la ley los «índices» de peligrosidad que han de fundamentar la aplicación de las medidas. Porque, en cualquier caso, sean medidas predelictuales o posdelictuales, con o sin índices de peligrosidad recogidos en la ley, la razón determinante de que se imponga una medida es siempre la «futura» posibilidad de comisión de un delito, no un delito real y efectivamente cometido”. “Si los motivos –continúa– que condujeron al reconocimiento del principio de legalidad en el Derecho penal siguen siendo válidos, y pienso que lo son, hay que eliminar las medidas de seguridad. Hemos de retornar a un sistema monista, en que la pena sea la única consecuencia del delito”.

Las dos razones aducidas (el fracaso de las medidas de seguridad y la burla del principio de legalidad) han sido contestadas por otros autores, y en nuestra opinión, con razón.

El fracaso de las medidas de seguridad en relación con la evitación de la reincidencia y de la delincuencia habitual es cierto. Sin embargo, no se debe olvidar que las medidas de seguridad constituyen, hoy por hoy, “el único recurso jurídico-penal viable frente a los autores peligrosos imputables (enajenados, que necesitan un tratamiento curativo) o con imputabilidad disminuida (semienfermos mentales, que necesitan asimismo un tratamiento curativo) o con personalidad todavía en formación (jóve-

17. RODRÍGUEZ DEVESA, «Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto», ADPCP 1978, 5 ss.

nes...)”<sup>18</sup>. En relación con este sector de la criminalidad sólo la medida de seguridad puede cumplir una función preventiva, que no puede asumir la pena y frente al cual sólo aquélla podrá actuar para prevenir la comisión de futuros delitos.

La preocupación que muestra RODRÍGUEZ DEVESA por el respeto al principio de legalidad es digna de elogio. Sin embargo, esa garantía propia del Estado de Derecho puede satisfacerse en esta materia “no sólo exigiendo como presupuesto la previa comisión de un hecho previsto en la ley como delito, sino también con la entrada en juego del criterio de peligrosidad criminal, del principio de proporcionalidad, y el de intervención mínima y señalando límites temporales a la duración de las medidas de seguridad. Junto a tales requisitos no pueden olvidarse las exigencias ineludibles de un proceso garantizador de los derechos fundamentales del sujeto peligroso y de una adecuada ejecución de las medidas que no desvirtúen su auténtico contenido”<sup>19</sup>.

Por todo ello, estamos de acuerdo con la advertencia de CEREZO MIR, en el sentido de que la supresión de las medidas de seguridad postdelictuales supondría un grave error desde el punto de vista político-criminal e implicaría un retroceso al Derecho penal del siglo XIX<sup>20</sup>.

#### 4. El sistema vicarial y el ordenamiento jurídico español

##### a) *Presupuesto: la posibilidad de intercambio o vicariedad entre pena y medida de seguridad*

Las críticas que se han formulado a los sistemas antes aludidos explican que se intentase aportar una solución de compromiso entre el dualismo puro y el monismo, la cual ha venido de la mano del llamado **sistema vicarial**.

18. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», en AAVV: *Peligrosidad social y medidas de seguridad. (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970)*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, 1974, 358.

19. DE JORGE BARREIRO, «La reforma de 1978 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social», CLP t. II (1983), 491.

20. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Ed. Tecnos, Madrid, t. I (Introducción), 6ª ed., 2004, 40-41 [en adelante citado como PG I<sup>6</sup>].

El punto de partida de este sistema es que no existe una contradicción insuperable entre la pena y la medida, y que tanto la retribución de la culpabilidad, como la conjura de un peligro son misiones legítimas que le corresponden al Derecho penal<sup>21</sup>.

El sistema vicarial se distingue, sobre todo, en el ámbito de la ejecución de la pena y de la medida. Según este sistema, ante la concurrencia de una pena y una medida, se cumplirá primero la medida y además no se acumulará posteriormente el cumplimiento de la pena. Esto significa que no solamente se permite adelantar la ejecución de la medida de seguridad a la pena, a diferencia de lo que sostenía el dualismo puro, superándose así los inconvenientes que éste generaba, sino que también el tiempo de ejecución de la medida de seguridad será computado al de la pena concurrente, con la posibilidad adicional de que el cumplimiento del resto de la pena, atendidas la recuperación experimentada por el sujeto y las necesidades de defensa social, pueda ser suspendida.

El sistema vicarial será aplicable, sobre todo, dada la concurrencia de los correspondientes presupuestos para aplicar conjuntamente una pena y una medida de seguridad, en aquellos supuestos de delincuentes semiimputables peligrosos y en particular cuando las medidas de seguridad sean privativas de libertad.

El origen de este sistema se encuentra en el Anteproyecto de CP suizo de 1893, obra de Carl Stross, teniendo luego muy buena acogida, no sólo en el actual CP suizo, sino también en numerosas legislaciones, entre las cuales se puede decir, aunque con algunas matizaciones, como veremos a continuación, que se encuentra la nuestra.

### b) *El sistema vicarial en el ordenamiento penal español*

El sistema vicarial se introdujo en nuestro ordenamiento por medio de la reforma del CP de 25 de junio de 1983, al incorporar un nuevo párrafo 2º en el art. 9.1 ACP.

21. Como dice JESCHECK, “también la pena sirve para prevenir delitos en el futuro, y asimismo la medida tiene el carácter de un mal y sirve para reforzar la vigencia de la norma, de manera que cabe, por principio, el intercambio de pena y medida en la ejecución” [JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general* (trad. de la 5ª ed. alemana por M. Olmedo Cardenete), Ed. Comares, Granada, 2003, § 9.I.1 (en adelante citado como *PG*<sup>5</sup>)].

Anteriormente existía la posibilidad contemplada en el art. 65 CP de sustituir la pena impuesta a un menor de 18 años pero mayor de 16, por una medida de internamiento en una Institución especial de reforma. Sin embargo, ello no podía concebirse como una manifestación del sistema vicarial, porque, además de que se trataba de una sustitución en sentido estricto de una pena por una medida, la duración de esa medida de internamiento era «por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable».

El CP vigente consagra también el sistema vicarial en el **art. 99**, al establecer que «en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3»<sup>22</sup>.

No obstante, la regulación completa del CP de 1995 de las medidas de seguridad puede poner en tela de juicio que verdaderamente se haya recogido el sistema vicarial. En particular, si tenemos en cuenta la mala formulación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad [*infra* § 27.2.b)], ello ha servido de base a varios autores para advertir que en realidad nos encontramos más bien ante un modelo de «signo abiertamente monista» o un sistema «cuasimonista»<sup>23</sup>. En particular, la confusa formulación del principio de proporcionalidad se advierte también

22. Redactado conforme a la modificación operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Antes se decía al final «o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 105». La reforma aludida ha refundido en el apart. 3 del art. 96 CP todas las medidas de seguridad no privativas de libertad que antes estaban recogidas: unas en el art. 105, y otras en el art. 96.3.

23. A este respecto, DE JORGE BARREIRO es especialmente crítico y advierte que “la desafortunada formulación del principio de proporcionalidad recogida en el art. 6.2 del CP, que ha sido criticada, con razón, por un amplio sector de nuestra doctrina penal, ha supuesto un vicio de origen del nuevo Derecho de medidas en España y ha significado un auténtico lastre que ha salpicado a todo el sistema de medidas de seguridad regulado en el Título IV del Libro I –arts. 95 a 108– del CP de 1995” (DE JORGE BARREIRO, «Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho», en *Moder nas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001, 161-163, con una amplísima referencia a la doctrina española en la nota 95).

en las plasmaciones legales del sistema vicarial: en el art. 99 (ya citado), en el art. 6.2 CP y en el art. 104.1 CP<sup>24</sup>.

Por todo ello, parece acertada la calificación que hace DE JORGE BARREIRO de nuestro sistema como un “dualismo tendencialmente monista”. Según este autor, este sistema se caracteriza por constituir un modelo que “sin abandonar la doble vía (pena y medida de seguridad), tiende a poner en práctica una concepción monista de las consecuencias jurídicopenales del delito, que impida la posibilidad de aplicar a un mismo sujeto, por el mismo hecho, una pena y una medida de seguridad privativas de libertad, y que mantiene la medida de la pena como punto obligado de referencia para la duración de la ejecución de la medida de seguridad privativa de libertad”<sup>25</sup>.

Con toda razón se advierte que mediante este sistema que relaciona la duración de la medida con la de la pena privativa de libertad, se pueden llegar a consecuencias absurdas y a contradicciones e incoherencias difícilmente subsanables.

La crítica fundamental que se señala es la pésima formulación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad. Pero además, resulta también muy discutible que la medida de seguridad sólo pueda ser privativa de libertad cuando la pena también lo hubiera sido. “En efecto –señala SILVA SÁNCHEZ–, cabe que el hecho cometido, por su gravedad, no fuera merecedor de la pena privativa de libertad (castigo) y, sin embargo, el tratamiento de la peligrosidad manifestada, por su naturaleza, sí requiera como condición de puesta en práctica y eficacia del mismo la

24. Según el **art. 6.2 CP**, «las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». Y el **art. 104.1 CP** dispone que «en los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99».

25. DE JORGE BARREIRO, «Crisis actual del dualismo...», 172 ss. En sentido similar, véase también SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 158.

privación de libertad<sup>26</sup>. Asimismo, tampoco ha desaparecido por completo el sistema dualista puro, porque cuando ni la pena, ni la medida comportan privación de libertad, parece que corresponde la acumulación de ambas consecuencias<sup>27</sup>.

### § 3. ¿Tercera vía en el sistema de sanciones?

1. En los últimos años se viene discutiendo la cuestión de si la reparación del daño puede dar lugar a una “tercera vía” del Derecho penal. Diversos **factores** han propiciado ese interés por la reparación. Fundamentalmente han sido dos: por un lado, el *redescubrimiento de la víctima*, y por otro, la *crisis de las tradicionales sanciones*, particularmente de la pena de prisión.

El interés por la víctima es relativamente reciente. La víctima siempre ha sido relegada a un segundo plano, cuando no olvidada. Este olvido podía tener su explicación<sup>28</sup>, desde el punto de vista del Derecho penal, porque éste surgió históricamente para separar a la víctima de su posición natural junto al delincuente, a fin de recabar para el Estado el monopolio de la sanción penal, y en este ámbito en el proceso penal prima la preocupación por los derechos y garantías del acusado sobre los derechos y garantías de la víctima. Sin embargo, en estos últimos años, de la mano de la Criminología, la víctima ha recuperado el protagonismo que le corresponde y ya se dispone de un importante núcleo de conocimientos sobre la víctima, que algunos

26. SILVA SÁNCHEZ, «La regulación de las medidas de seguridad (art. 6)», en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, 41.

27. En este sentido, SANZ MORÁN, «Medidas de seguridad y de corrección en el Código Penal», RDP 1 (2000), 44.

Sobre esta caracterización véase también *infra* § 27.1.

28. Véase al respecto, por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programa de reparación del daño. La denominada “victimización terciaria” (el penado como víctima del sistema legal)», *CDJ* 1993 t. XV, 287 ss.; *Tratado de Criminología*, 3ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003, 115 ss.

elevan a la categoría de disciplina autónoma, como es la Victimología. Con razón, por ello, se habla de un redescubrimiento de la víctima y de que se ha iniciado la edad de oro de la víctima o de que ha llegado la hora de la víctima, según reza el título de una obra de HERRERA MORENO<sup>29</sup>.

No menos importante es el otro factor que ha potenciado el deseo de un mayor protagonismo en Derecho penal para la reparación. Desde hace tiempo se hallan inmersas en una profunda crisis las sanciones penales tradicionales, principalmente las privativas de libertad [*infra* § 9.4.b)]. Este segundo factor surge, a diferencia del anterior, desde la perspectiva del infractor de una norma penal, no desde el punto de vista de la víctima. Desde esta otra perspectiva, se resalta que la ejecución de la pena de prisión produce, en la persona del condenado, más efectos perjudiciales que beneficios, lo que abrió el camino para la búsqueda de alternativas a la prisión, siempre y cuando la misma no resultase imprescindible por la gravedad del delito<sup>30</sup>. Pero no sólo desde la prevención especial se han potenciado las alternativas a la cárcel, sino también desde la perspectiva de la prevención general. Así, si lo que hace que los potenciales delincuentes se abstengan de delinquir no es la gravedad de la sanción, sino el riesgo de ser descubierto, no parece que haya ningún inconveniente en ampliar el catálogo de sanciones.

Dentro de estas posibles alternativas, a partir de la década de los 90 se han hecho distintas propuestas de introducir la reparación como una

29. HERRERA MORENO, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, EDERSA, Madrid, 1996.

La bibliografía sobre la Victimología resulta inabarcable. Además del libro acabado de citar, véanse también estos otros, simplemente como una bibliografía muy básica sobre la materia: BERISTAIN IPIÑA, *Victimología. Nueve palabras clave*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000; BUSTOS RAMÍREZ/LARRAURI PIJOAN, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, Ed. PPU, Barcelona, 1993; LANDROVE DÍAZ, *La moderna victimología*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1998; RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología. Estudio de la Víctima*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1996; TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho penal. De la víctima-dogmática a la dogmática de la víctima*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998; *Estudios de Victimología*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

30. Véase al respecto, por todos, ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, *passim*.

sanción más junto a las penas y las medidas de seguridad. La propuesta más seria presentada hasta el momento en este sentido ha sido el Proyecto alternativo de la reparación de 1992, a cuya cabeza figura ROXIN<sup>31</sup>.

2. El término reparación es multívoco. De los **posibles significados** que pueden otorgarse al mismo, algunos deben ser rechazados.

Ha de rechazarse, en primer lugar, un concepto de reparación consistente en una acepción muy amplia del término, en virtud del cual se produce la reparación cuando se restaura la relación perturbada por el delito entre el delincuente, por un lado, y el Estado, la víctima y la comunidad jurídica, por otro. Así entendida, cualquier reacción al hecho punible, incluso las medidas de seguridad, serían clases de reparación.

Y en segundo lugar, partiendo únicamente de la perspectiva de la víctima, no se pueden considerar reparación todas las prestaciones materiales que reciba aquélla, con independencia de quien las lleve a cabo. Desde este punto de vista, las indemnizaciones estatales en favor de la víctima de determinados delitos no serían reparación. Por ejemplo, las previstas en nuestro ordenamiento jurídico para las víctimas del terrorismo y de delitos violentos y contra la libertad sexual [Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el RD 738/1997, de 23 de marzo); y la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo].

El concepto de reparación, por tanto, debe hacer referencia a que se trata de una prestación por parte del responsable penal que se dirija a compensar el daño ocasionado a la víctima del delito.

3. Con respecto a la **integración de la reparación en el sistema** de consecuencias jurídico-penales del delito se defienden básicamente dos puntos de vista:

- 1) Concepción restringida, al considerar que la reparación sólo puede situarse en una relación de dependencia con las sanciones penales.

31. Véase, entre otros trabajos suyos, ROXIN, «Pena y reparación», ADPCP 1999, 5 ss. (trad. E. Gimbernat Ordeig).

2) Concepción amplia, que se orienta a considerar la reparación como una consecuencia jurídico-penal autónoma.

1) Para algunos autores, la reparación ha de desempeñar un papel limitado en el Derecho penal. Creen que las disposiciones del Derecho penal, principalmente material, pero también procesal, pueden contribuir a que la víctima obtenga con mayor facilidad la indemnización civil por parte del autor del delito. Esto se consigue concediendo un privilegio al autor que cumple con su obligación civil o que se esfuerza en cumplirla.

Desde esta perspectiva se defiende un concepto estricto de reparación, en el sentido de que su contenido material habrá de coincidir con el contenido de la responsabilidad civil derivada del delito. La prestación consistiría, por tanto, en el resarcimiento del daño civil causado por el delito. En nuestro país, mediante cualquiera de las prestaciones recogidas en los arts. 109 ss. CP: la restitución, la reparación y la indemnización (*infra* § 41.2).

En definitiva, en la concepción restringida de la reparación se trata exclusivamente de la compensación, por parte del responsable penal, de los efectos civiles del delito, y por tanto, la reparación no perdería su naturaleza civil. Esta concepción es la que se mantiene en la mayoría de las legislaciones, incluida la nuestra.

De todas formas, se han establecido múltiples conexiones entre este modo de concebir la reparación y las sanciones penales. Así, la reparación se puede tener en cuenta en el ámbito de *medición de la pena* como uno de los criterios a tomar en consideración a la hora de concretar la pena. En España esta relevancia ha quedado plasmada en la atenuante de reparación del art. 21.5ª CP.

En el ámbito de los *sustitutivos penales*, la reparación en su concepción restringida también es tenida en cuenta, ya sea como presupuesto para la concesión de los mismos (arts. 81.3 y 88 CP), o bien como carga que puede imponerse al condenado durante el período de prueba de la suspensión (como sucede en el Derecho penal alemán §§ 56b y 59a StGB). También en el plano del proceso penal, la reparación así entendida, constituye en Alemania una carga que permite el sobreseimiento del proceso (§ 153a StPO).

En virtud de la LO 7/2003, de 30 de junio, sobre cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, se han modificado los arts. 72.5 y 6 LOGP, de tal

modo que *para poder clasificar al penado en tercer grado* es preciso que haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, lo cual incide en el régimen penitenciario y en la posibilidad de obtención de la libertad condicional (art. 90 CP).

Asimismo, la satisfacción de la responsabilidad civil puede influir también en la imposición de otras consecuencias jurídicas del delito, como sucede con el *comiso*, para el cual se ha previsto como criterio ponderativo a efectos de no decretarlo, o decretarlo sólo parcialmente (art. 128 CP).

Y por último, la satisfacción de la responsabilidad civil es requisito necesario para la obtención de la *cancelación de los antecedentes penales* (art. 136.2 CP).

2) Otro sector doctrinal considera que la reparación está en condiciones de desempeñar un papel mucho más relevante en Derecho penal. Se cree que es posible construir una reparación de naturaleza penal que se diferenciaría de la civil tanto en su contenido como en sus funciones, hasta el punto de constituir una auténtica consecuencia jurídico-penal del delito. La reparación debería integrarse en el Derecho penal, según esta opinión, como una **«tercera vía»**, junto a la pena y a la medida de seguridad.

Para esta concepción, la reparación del daño no es una cuestión meramente civil, sino que contribuiría también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él, a menudo más que la pena, como algo necesario y justo y puede fomentar un reconocimiento de las normas. Y por último, la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y, de este modo, facilitar la reintegración del culpable. Además, la reparación del daño es muy útil desde un punto de vista de una prevención general positiva, al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada la perturbación social originada por el delito.

Esta construcción sólo podría ser aceptada si la reparación, como dicen sus defensores, es capaz de cumplir estas funciones penales. Según ellos,

se considera que la meta de la reparación es el restablecimiento de la paz jurídica, y la paz jurídica queda restablecida cuando la compensación entre el delincuente y el perjudicado o el orden jurídico lesionado se ha logrado por completo, y por ello no existe ninguna necesidad de imponer una pena ni desde el punto de vista de la prevención general, ni tampoco de la prevención especial.

El problema que se plantea, a mi modo de ver, es que en el fondo de este planteamiento late una privatización del Derecho penal, con todos los problemas que plantea dejar en manos de particulares el *ius puniendi*. En muchos de estos casos en los que se ha dado entrada a la negociación en la justicia penal<sup>32</sup>, la razón de esta incorporación ha sido la de solventar un problema de tipo práctico, quitando formalidad al proceso, abreviándolo, haciéndolo de esta manera más económico y aumentando así la capacidad de la justicia penal de solucionar mayor número de casos. Sin embargo, importantes autores han llamado la atención sobre el peligro que puede producir una generalización de esta actitud. Especialmente contundente ha sido HASSEMER a este respecto, con quien estamos de acuerdo<sup>33</sup>.

32. Por ejemplo, con la conciliación en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores (art. 19 LO 5/2000) o con la justicia negociada (la *plea bargaining* norteamericana) que se ha introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 38/2002 y su complementaria la LO 8/2002, a través de la conformidad en los juicios rápidos.

33. Según este autor, los acuerdos o concertaciones en Derecho penal “tienen como enemigo natural un gran número de principios jurídicos básicos de carácter constitucional y procedimental: el juicio oral público (porque necesitan prudencia y discreción); el juez legal (porque la inclinación a hacer participar también a los jueces legos en las negociaciones decisivas tiene poco arraigo); el principio de legalidad (porque la decisión no está dirigida, como sería lo racional, por el contenido del Derecho penal material, sino por la valoración oportunista del estado del procedimiento y por la disposición que tengan los implicados a llegar a un acuerdo); los principios que informan la instrucción de la causa (porque la gracia del acuerdo consiste precisamente en evitar investigaciones que por lo demás son ineludibles); *nemo tenetur se ipsum accusare* (porque sólo tiene sentido entrar en negociaciones de acuerdo cuando se tiene algo que ofrecer); el trato igualitario (porque hay que conseguir que aquéllos que no se prestan a cooperar a los inculpados reacios, sólo por esta razón tengan un trato relativamente más duro)” (HASSEMER, «La ciencia jurídica penal en la República Federal Alemana», ADPCP 1993, 71-72).

## CAPÍTULO II

# La pena

## § 4. Concepto, fundamento y fines de la pena

### 1. Consideraciones generales

La pena es la consecuencia jurídica tradicional del delito, y hoy en día, pese a la reciente incorporación de la medida de seguridad, sigue siendo la principal forma de reacción frente al mismo.

El origen de la pena, a diferencia de su compañera la medida de seguridad, se pierde en los albores de la humanidad. El Código de Hammurabi en Babilonia (siglo XXII a.C.), las Leyes de Manu en la India (siglo XI a.C.), las Leyes de Dracón en Atenas (siglo VII a.C.), o las Doce Tablas en Roma (siglo V a.C.), entre otros textos legales de los pueblos antiguos, dan prueba de la remota existencia de la pena.

No obstante, hay que indicar que las características de las remotas penas, poco o nada tienen que ver con las que actualmente se consideran esenciales, que sólo en épocas relativamente recientes aparecen. En sus orígenes, como ha destacado VON HENTIG, la pena estaba ligada a representaciones irracionales, mágicas, y también a profundos sentimientos religiosos<sup>34</sup>. Durante

34. VON HENTIG, *La pena*, vol. 1º (Formas primitivas y conexiones histórico-culturales), (trad. J.M. Rodríguez Devesa), Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1967, 111 ss.

un largo período de la humanidad, el castigo de los actos criminales era un asunto privado entre el ofendido y el agresor o sus respectivas familias. A veces también intervenía la colectividad, pero lo hacía para aplacar la cólera de un Dios que supuestamente había sido ofendido. Con el transcurso del tiempo la magia y la religión irían dando paso a la razón y a una actitud moral, lo que supondría el comienzo de un paulatino proceso de monopolización por parte del Estado del enjuiciamiento y castigo de los crímenes. La potestad punitiva iría quedando así desligada de la antigua venganza privada, eliminando la idea de odio o venganza contra el agresor y sustituyéndola por la de un enjuiciamiento de los hechos desapasionado y objetivo.

Por de pronto, la propia diversidad de penas hace cuestionable incluso la referencia genérica en singular a *la* pena, como si se tratase de un concepto cuya esencia ha permanecido inmutable a lo largo de los tiempos. Poco, o nada, tienen que ver aquellas penas ligadas a planteamientos mágico-religiosos, como el sacrificio del responsable para aplacar la cólera de los dioses, o las atroces y brutales penas corporales de la Edad Media con las que el Rey pretendía sembrar el terror entre sus súbditos, con los actuales planteamientos que conciben la prisión (la pena por excelencia en la actualidad, aunque también hoy en crisis) como un instrumento re-socializador.

De lo dicho uno puede ya darse cuenta de que la pena constituye una de las instituciones del Derecho penal que más tradición tiene, y que también supone uno de los temas más debatidos por los penalistas de todos los tiempos. La discusión en torno a la pena es de una extraordinaria complejidad y es un tema que siempre está de actualidad, aunque bien es cierto que es prácticamente imposible encontrar una solución nueva a la explicación de la misma<sup>35</sup>. La importancia de esta cuestión está fuera de toda duda, y ello no es de extrañar, porque, como observa CEREZO MIR, de lo que se piense sobre el fundamento y fines de la pena "depende, en definitiva, el sentido y la tarea del propio Derecho penal"<sup>36</sup>.

35. Sobre la importancia, dificultad y la siempre actualidad de los fines de la pena, véase, por todos, el trabajo específicamente dedicado a ello de BERISTAIN IPIÑA, «Fines de la pena», RGLJ 1961, 595 ss.

36. CEREZO MIR, *PG I*<sup>6</sup>, 22.

Antes de examinar cuáles sean los fines y el fundamento de la pena, parece oportuno ofrecer primero un concepto de la misma, su distinción con otras sanciones y cuál puede ser la justificación de su existencia<sup>37</sup>. Veamos estas cuestiones.

## 2. Concepto de pena

En cuanto al concepto de pena, hay que señalar que el CP, a diferencia de lo que acontece con el delito (art. 10), no contiene un concepto de la misma. Sin embargo, es ya lugar común dentro de nuestra doctrina especializada traer a colación la definición de pena de CUELLO CALÓN. Según este autor, la pena consiste en la “privación o restricción de bienes jurídicos, establecida por la Ley e impuesta por el Órgano Jurisdiccional competente, al que ha cometido un delito”<sup>38</sup>.

En esta definición de pena cabe destacar tres ideas fundamentales que caracterizan a la misma<sup>39</sup>. En primer lugar, la pena se configura como un mal; en segundo lugar, se resaltan los aspectos garantistas que rodean la imposición de la misma; y en tercer lugar, solamente se impondrá como justa retribución por la comisión de manera culpable de una infracción penal.

37. Adoptamos la terminología que sugiere SANZ MORÁN, quien a su vez se apoya en la utilizada por Alf Ross. Este autor distingue entre *concepto* de pena, *finalidad* que persigue (prevenir delitos) y su *justificación* (realización culpable del hecho previsto en la ley penal). SANZ MORÁN prefiere hablar, en relación a este último aspecto, de *legitimación* o *fundamento* de la pena, pues el término *justificación* se utiliza con frecuencia para referirse al *ius puniendi*: “el recurso al derecho penal (y, por consiguiente, a la pena como su instrumento fundamental) aparecerá *justificado* allí donde sea *necesario* para la protección (subsidiaria) de bienes jurídicos fundamentales” [«Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena», RDP 8 (2003), 26 n. 44] [=LH-Cerezo Mir (2002)].

38. CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, vol. I (único publicado), Ed. Bosch, Barcelona, 1973, 16.

39. También es muy frecuente citar la definición de ANTÓN ONECA, que contempla igualmente estos tres aspectos que nosotros resaltamos en el texto. La definición de ANTÓN ONECA dice así: “la pena es un mal que el Estado impone, por medio de sus órganos jurisdiccionales y con las garantías de un proceso destinado a este fin, al culpable de una infracción criminal como retribución de la misma y con la finalidad de evitar nuevos delitos” (*PG*<sup>2</sup>, 509).

### a) *La pena como mal en sentido naturalístico*

Por lo que al primer aspecto se refiere, la pena consiste sustancialmente en un mal. De hecho, la pena puede ser tan lesiva y brutal como algunos hechos delictivos. Es sobradamente conocida la definición de pena de Hugo GROCIO, según la cual *pæna est malum passionis, quod inflingitur ob malum actionis* [*De iure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. XX (*De pænis*), I. «Pænæ definitio et origo»]. En sentido naturalístico, por tanto, y pese a que en algunas ocasiones, como ha acontecido con el correccionalismo español, se haya pretendido que la pena sea un bien, la **pena es un mal**<sup>40</sup>. Un mal que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos del penado (vida –allí donde esté admitida la pena de muerte–, libertad –fundamentalmente con la pena de prisión–, patrimonio –a través de la pena de multa–, trabajo –en virtud de las diferentes penas de inhabilitación–, etc.)<sup>41</sup>.

### b) *Distinción de la pena con otras sanciones del ordenamiento jurídico*

El que la pena sea un mal es una característica que comparte también con otras sanciones previstas por el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, las sanciones administrativas. Esta coincidencia plantea una ulterior cuestión, de gran trascendencia, que es la posición que ocupa el Derecho penal en el ordenamiento jurídico y su distinción con otras ramas del orde-

40. MIR PUIG advierte que la propia terminología que utiliza el Derecho positivo (el sustantivo “pena” o el verbo “castigar”) ya anuncia el carácter aflictivo de la sanción penal, y se confirma con la correlación delito-pena, que demuestra que la pena se impone como mal proporcionado a la gravedad del delito. Véase, MIR PUIG, *Introducción*, 91-92.

41. “Acerca de este extremo –escriben COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN– es preciso distinguir entre las consideraciones de tipo ideal que pudieran hacerse en torno a la pena y su carácter real o material. Desde el punto de vista ideal, puesto que la pena puede, sin duda, producir una serie de bienes, cabe considerarla como un bien. Pero, desde un punto de vista material, considerada en sí misma, la pena ha de consistir en la privación de bienes y, por lo tanto, se cifra y se concreta en un mal” (COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*<sup>5</sup>, 796). Y ello con independencia de que el reo no la valore como tal, sino que incluso pudiera cumplir la pena con agrado. En este caso, no por ello la sanción dejará de ser una pena.

namiento jurídico, pero en la que no vamos ahora a entrar<sup>42</sup>. No obstante, sí resulta obligado distinguir la pena de otras sanciones.

También otros sectores del ordenamiento jurídico se sirven de consecuencias negativas, de sanciones y castigos. La nulidad, la rescisión de un negocio jurídico, la reparación del daño e indemnización de los perjuicios causados, etc., en un sentido impropio se podría decir que son sanciones y castigos que conoce el Derecho civil. El Derecho administrativo dispone, esta vez en sentido estricto, de un rico y expeditivo arsenal punitivo. Las sanciones administrativas inciden en el patrimonio y derechos de los ciudadanos, excepto en la libertad, y lo hace como expresión del llamado poder sancionador de la Administración. Ahora bien, en estos sectores del ordenamiento citados, el castigo –el sancionar o castigar– ocupa una posición marginal, puramente instrumental y ocasional; sin embargo, la pena es consustancial al Derecho penal y constituye su propia seña de identidad. Castigar, penar, son verbos que definen en su esencia la función penal.

La Administración civil, a través de su poder sancionatorio, no puede imponer en España castigos que, directa o subsidiariamente, signifiquen una efectiva privación de libertad del ciudadano, porque lo prohíbe el art. 25.3 CE. No obstante, existen sanciones (civiles y administrativas) que, desde un punto de vista material no se diferencian de las sanciones penales, de las penas genuinas. Por ejemplo, las sanciones pecuniarias, como la multa, o las sanciones privativas de derechos, como la privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas.

El propio CP asume explícitamente un *concepto formal* de pena en su art. 34, al declarar que «no se reputarán penas» determinadas consecuen-

---

42. Resultan referencia inexcusable al respecto los trabajos de CEREZO MIR, «Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo», ADPCP 1975, 159 ss. (=III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1976, 76 ss.); y de TORÍO LÓPEZ, «Injusto penal e injusto administrativo. (Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, 2529 ss. Y entre los administrativistas, véase, por todos, NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

cias jurídicas aflictivas de naturaleza procesal, unas veces, y cautelar, gubernativa o disciplinaria, otras<sup>43</sup>.

Desde un punto de vista formal, «penas» son sólo y exclusivamente ciertas consecuencias jurídicas que exhiben las siguientes características diferenciales:

- a) Se prevén y regulan en el CP, precisamente bajo ese *nomen iuris*. Las penas se encuentran reguladas en el Tít. III del Lib. I del CP, que lleva por rúbrica «De las penas». En el Cap. I se contempla la clasificación de las penas («De las penas, sus clases y efectos») (arts. 33-60). El Cap. II está dedicado a las reglas de determinación de la pena («De la aplicación de las penas») (arts. 61-79). Y el Cap. III se ocupa «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional» (arts. 80-93).
- b) En segundo lugar, las penas tienen como *presupuesto* exclusivo la comisión culpable de un hecho delictivo, previsto y penado en el propio Código o en la legislación penal especial, como *delito o falta*. No son penas, por tanto, las sanciones que se impongan por infracciones civiles o administrativas, sino sólo aquellas consecuencias jurídicas que tengan como presupuesto una infracción criminal.
- c) Y en tercer lugar, las penas se imponen por los *Jueces y Tribunales de lo criminal* en sus sentencias firmes, dictadas de acuerdo con las leyes procesales, después de un determinado procedimiento establecido en la LECr (art. 3.1 CP). Además, se *cumplen y ejecutan* en la forma prevista por la Ley y Reglamentos bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes (art. 3.2 CP).

Estas características permiten distinguir la pena de otras consecuencias jurídicas de naturaleza no criminal. Pero, a su vez, entre las sanciones criminales, la pena y la medida de seguridad difieren por su estructura y funciones respectivas, como se expondrá en otro momento (*infra* § 26.2).

**43. Art. 34 CP:** «No se reputarán penas:

1. La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal.
2. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados.
3. Las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas».

### c) *La pena como sanción sujeta a una serie de estrictas garantías*

Sentadas estas premisas, esto es, el carácter aflictivo de la pena y su distinción con otras sanciones previstas en el ordenamiento jurídico, hemos de decir de inmediato que la pena no puede consistir en cualquier clase de mal. Es un mal que tiene su origen en una conducta delictiva, y en este sentido, la pena es *retribución*. También la venganza es retribución en cuanto mal que responde a otro mal, pero a diferencia de ésta, la pena se ejecuta de una determinada forma y dentro de unos límites que no tiene la venganza. La pena se impone sin tomar como criterio de medida el sentir de la víctima, sino estrictamente el de la ley, lo cual es lo que permite ofrecer una solución igual a casos iguales. Este sometimiento a límites es lo que convierte la mera causación de un mal en una consecuencia jurídica derivada de la comisión de un delito. Para que la actividad sancionadora revista carácter jurídico, el titular de la misma, el Estado, tiene que someterse a una serie de límites, de tal modo que no pueda ejercer arbitrariamente sus facultades, y estos límites derivan de la propia configuración de nuestro Estado como un Estado social y democrático de Derecho (*supra* § 1.2).

Esta especial y determinada forma en que se ejerce la facultad punitiva comporta el segundo de los caracteres de la pena que habíamos resaltado al principio. Así, la imposición de este mal tan grave en que consiste la pena ha de estar rodeada de una serie de garantías, entre las que sobresalen, por encima de todas, aquellas que se aglutinan entorno al **principio de legalidad de las penas** (*nulla poena sine lege*), que se encuentra reconocido con carácter general en el art. 25.1 CE y también en Tratados Internacionales en los que España es parte, y concretado a nivel legal, fundamentalmente en el Código Penal.

El principio de legalidad es un principio básico del Derecho penal, conforme al cual la pena no será impuesta más que en aquellos casos específicamente establecidos por una ley con anterioridad a la comisión del hecho (*garantía penal*). Igualmente, la imposición de la pena sólo puede tener lugar por medio de una sentencia judicial dictada por los órganos jurisdiccionales competentes y con estricta sujeción a un procedimiento legalmente establecido (*garantía jurisdiccional*). Y por último, también se requiere que la ejecución de la pena se sujete a lo que establezca la ley

(*garantía de ejecución*). Todo ello, por supuesto, sin olvidar la principal garantía que comporta el principio de legalidad (la *garantía criminal*), la cual supone que el delito se halle determinado por la ley con anterioridad a su perpetración. Asimismo hay que tener en cuenta que todas estas garantías formales se complementan con unas garantías materiales, en las cuales no vamos a entrar ahora, y que, por una parte, harían referencia a la seguridad jurídica y que podrían resumirse en el siguiente aforismo: *nulla pœna sine prævia, stricta, scripta et certa lege*; y por otra, harían referencia a otros límites del *ius puniendi*. Además, hay que recordar que a tenor de lo dispuesto en el CP, todas estas garantías, tanto las formales como las materiales, son igualmente exigibles para la imposición de una medida de seguridad.

#### d) *La naturaleza retributiva de la pena. La culpabilidad como fundamento de la pena*

Continuando con los caracteres que hemos resaltado de la definición de pena, en tercer y último lugar, hemos dicho que solamente quien haya cometido de manera culpable una infracción penal puede sufrir la imposición de una pena. Con este elemento de la definición se está reconociendo dos notas básicas de la pena: por un lado, la naturaleza retributiva de la misma, y por otro, la culpabilidad como presupuesto de la imposición de una pena<sup>44</sup>.

##### i. Naturaleza retributiva de la pena

Con respecto a la primera cuestión, según señala un importante sector de la doctrina, la pena tiene una **naturaleza o esencia retributiva**, puesto que es la respuesta a una conducta delictiva. La pena, como hemos dicho,

44. Cabe traer a colación las palabras de MAURACH, al respecto, para quien “la pena es un mal que se impone al delincuente por el culpable incumplimiento del derecho. El mal de la pena compensa, en virtud de una merma del derecho (del autor), la usurpación del derecho (ajeno) propia del delito. Toda pena es, pues, por esencia, retribución. En tanto se contemple la retribución como una consecuencia, derivada por el derecho, del *acto culpable*, no será preciso insistir en que tan sólo la retribución “justa” merece la consideración de pena [...]. El acto es la causa del nacimiento de la pena, la culpabilidad, la de su determinación” (*Tratado de Derecho penal*, trad. J. Córdoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, 79).

es un mal, pero no cualquier mal. Es un mal que tiene su origen en una conducta delictiva, y en este sentido, la pena es *retribución*. Por tanto, presupuesto de la pena es la previa comisión de un delito. Si entendemos como retribución la naturaleza de la pena, entonces ésta debe tener en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, si bien, claro, pueden existir excepciones a este principio basadas en la prevención general o especial, como de hecho existen<sup>45</sup>, pero ello no impide reconocer la naturaleza retributiva de la pena.

La naturaleza retributiva de la pena la podemos deducir de ciertos aspectos del propio Derecho positivo. Cabría traer a colación, entre otros, cuatro *argumentos que confirmarían la naturaleza retributiva de la pena*:

- 1º. La estructura de los preceptos del CP parece que comporta la necesidad de concebir el delito como el presupuesto y la pena como su consecuencia (*supra* § 1.1).
- 2º. Los Tribunales deben acudir al Gobierno para reclamar la necesaria proporción de la pena, si es que consideran que es «notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo» (art. 4.3 CP).
- 3º. Diversos artículos consagran la adecuación de la pena a la gravedad del mal causado: a mayor injusto le corresponde también mayor pena. Por ejemplo, la consumación tiene mayor pena que las formas imperfectas de ejecución (art. 62 CP), o el principio de acumulación de las penas en el concurso real de delitos (art. 75 CP), por no hablar de la Parte Especial del CP, donde se impone una pena mayor al asesinato (art. 139 CP) que al homicidio (art. 138 CP), al robo (art. 240 CP) que al hurto (art. 234 CP), a los delitos (Lib.

45. Así, las disposiciones contenidas en el Cap. III del Tit. III del Lib. I del CP, que bajo la rúbrica «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad», contienen diversas instituciones incompatibles con un sistema retributivo puro, como son la suspensión condicional de la pena (arts. 80 ss. CP), los sustitutivos penales (arts. 88 ss. CP), la libertad condicional (art. 90 ss. CP). O también las causas de exclusión de la punibilidad (excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad), que obedecen a razones exclusivamente de política-criminal, como también lo son las condiciones de procedibilidad (delitos perseguibles a instancia de parte).

II) que a las faltas (Lib. III), a las infracciones dolosas que a las imprudentes, etc.

4º. La pena también se establece en función de la culpabilidad del autor: a menor culpabilidad corresponde también menos pena (como sucede, por ejemplo, con la pena prevista para las eximentes incompletas en el art. 68 CP, o en la determinación de la pena del art. 66 CP).

De todas formas, con el reconocimiento de la naturaleza retributiva de la pena no se quiere decir que la pena se justifique en tanto que retribución, o que sirva únicamente para retribuir, sino que hay que distinguir diferentes planos: su naturaleza o esencia (retributiva), su justificación (necesaria para la protección de bienes jurídicos fundamentales) y sus fines (retribución y prevención).

#### ii. La culpabilidad como fundamento de la imposición de una pena

En la definición de CUELLO CALÓN que hemos traído a colación no se hace referencia expresa a la culpabilidad del autor como presupuesto de la imposición de la pena, sin embargo, la misma se puede entender implícitamente contemplada<sup>46</sup>.

Con este elemento de la definición estamos reconociendo como **fundamento** de la pena la **culpabilidad**. La pena se impone al autor, en sentido amplio (incluyendo también a los partícipes) de un delito o falta, pero sólo en la medida en que el hecho sea le subjetivamente imputable.

Es sobradamente conocida la polémica que existe en torno a la culpabilidad como presupuesto de la pena, y en la cual nosotros no vamos a entrar. Sin embargo, hemos de decir sobre este tema que nosotros partimos como presupuesto de la libertad del hombre en su comportamiento. Es cierto que el ser humano no es completamente libre en su actuar, pues está influido por factores muy diversos; pero tampoco se podría decir que se encuentre fatal-

46. En la definición que da de pena en su manual, en cambio, sí aparece expresamente la referencia a la culpabilidad. "La pena es –dice CUELLO– el sufrimiento impuesto conforme a la ley, por los adecuados órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal" [CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte general*, 18ª ed. (revisada y puesta al día por C. Camargo Hernández), Ed. Bosch, Barcelona, 1980, 714].

mente avocado a delinquir, como diría el determinismo biológico de LOMBROSO o el sociológico de FERRI. El hombre ni es completamente libre, ni está absolutamente determinado. El hombre posee un amplio margen de decisión en sus comportamientos, y el uso que haga de dicha libertad es donde radica, a nuestro juicio, la posibilidad de atribuirle una responsabilidad penal.

Son muchos los autores que ponen en cuestión el principio de culpabilidad debido a la indemostrabilidad del «poder actuar de otro modo». Pero también son muchos los que opinan que no puede ponerse en duda la existencia del libre albedrío, o si no es así, al menos habrá que presuponerla. En realidad, la discusión acerca del determinismo o del indeterminismo debería plantearse en otro nivel distinto al de la causalidad<sup>47</sup>.

Únicamente por traer a colación a algún autor que es partidario de presuponer la libertad de obrar, cabría hacer referencia a SCHÜNEMANN, quien ya incluso a partir de consideraciones lingüísticas, según las cuales la gramática de la lengua en Europa pondría de manifiesto una determinada visión del mundo (sujeto/predicado, voz activa/voz pasiva...), considera que “al menos en el Derecho penal europeo, no puede ponerse en duda la existencia del libre albedrío humano como fenómeno social, de lo que sigue necesariamente que, en el caso de un autor medio en una situación media, debe partirse *eo ipso* de la posibilidad de actuar de otro modo”<sup>48</sup>.

47. “Hay que reconocer –dice PÉREZ MANZANO– que la libertad como la dignidad humana no es un suceso del mundo físico, sino del valorativo; en consecuencia, la indagación de la libertad con el método empírico ha de conducir irremediabilmente al fracaso. Pero es que, además, quizás se haya perdido el rumbo de la investigación penal al haberse sumergido la doctrina en el océano empírico para solucionar los problemas de la culpabilidad como categoría dogmático-sistemática. Hans Kelsen apuntó hace tiempo que el principio que regula la responsabilidad humana no es la causalidad, propio de las ciencias de la naturaleza, sino la imputación que es el principio relativo a las ciencias que estudian al hombre, no como es, sino como debe ser. Este axioma tan sencillo parece haber sido olvidado por parte de la doctrina” [PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1990, 103-104, con ulteriores referencias].

48. SCHÜNEMANN, «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, 157.

Véase también del mismo autor, «Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho

Presuponer la libertad del hombre resulta de trascendental importancia, porque cumple dos funciones básicas en torno al *ius puniendi* del Estado. Por un lado, el denominado principio de culpabilidad **legítima** la aplicación del cruel mal de la pena ante el propio afectado. “El hecho de infligir un mal –dice SCHÜNEMANN– puede ser legitimado frente al afectado mismo sólo cuando él debía evitarlo y también podía evitarlo, es decir, cuando el hecho punible que desencadenó la pena era para él evitable y también cuando la evitación le era exigible”<sup>49</sup>. Pero además, por otro lado, el principio de culpabilidad **limita** el *ius puniendi* estatal.

El **principio de culpabilidad**, a diferencia de lo que acontece (según hemos visto) con el principio de legalidad penal, no se encuentra reconocido expresamente por la regulación legal. No existe ninguna cláusula parecida al art. 3 Proyecto de CP de 1980 (que tendría reproducción posteriormente en el art. 3.2 del Borrador de Anteproyecto de Parte General del CP de 1990), en el cual se proclamaba expresamente el principio de culpabilidad, al indicar que «no hay pena sin culpabilidad». Por el contrario, el **art. 5 CP** vigente se limita a señalar que «no hay pena sin dolo o imprudencia», que no es lo mismo.

Según ha puesto de manifiesto SUÁREZ MONTES, este precepto no hace más que proclamar el principio de imputación o responsabilidad subjetiva, pero no consagra el principio de culpabilidad. Para este autor, “el artículo 5 del nuevo Código, lo mismo que el párrafo segundo del artículo 1 del Código anterior, representa un principio rector de gran calado y con amplio espectro operativo: representa la exigencia de «referibilidad» subjetiva personal individualizada, para cualquier manifestación de la pena”<sup>50</sup>. Pero la culpabilidad no es sólo eso, como es bien sabido. La culpabilidad, entendida normativamente, comporta un juicio personalizado de reproche individual

---

penal», (trad. Lourdes Baza), en SCHÜNEMANN, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, 24 ss., particularmente 37 ss.

49. SCHÜNEMANN, «La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001, 655.

50. SUÁREZ MONTES, «Artículo 5. No hay pena sin dolo o imprudencia», en *Comentarios al Código Penal*, t. I, EDESA, Madrid, 1999, 180.

sobre el hecho. “La culpabilidad –dice TORÍO LÓPEZ– toma en cuenta la relación subjetiva, personal, entre sujeto y acción... El principio «no hay pena sin culpabilidad»... equivale actualmente a la exigencia de una diversidad de datos indispensables para la afirmación de la responsabilidad. Es preciso que el sujeto sea imputable, es decir, capaz de comprender y querer la acción antijurídica. Es después necesario que la acción, dolosa o culposa, se haya ejecutado con conocimiento real, o al menos posible, de la antijuridicidad. Por último, la culpabilidad se halla ausente si está presente un motivo particular de exclusión de la culpabilidad (estado de necesidad exculpante, coacción grave condicionante del proceso de motivación, etcétera)”<sup>51</sup>. Se requiere, por tanto, una culpabilidad personal, lo cual comportará en el ámbito de las penas, entre otras cosas, que rija el estricto *principio de personalidad de las penas*, exigencia de un Estado democrático que respete la dignidad humana. Con ello se superan épocas históricas en las cuales se encontraron abundantes manifestaciones de responsabilidad colectiva.

### 3. Justificación de la pena

Una vez expuesto el concepto de la pena, corresponde ahora preguntarse por su justificación.

La pena se justifica porque es necesaria para el mantenimiento del orden jurídico como condición básica para la convivencia de las personas. La pena se constituye en instrumento necesario para que el Derecho penal cumpla sus fines. La mera descripción de las conductas lesivas de bienes jurídicos no evita su comisión y por ello, se hace necesaria la concurrencia del ejercicio del poder punitivo del Estado materializado y concretado en la determinación y aplicación de las penas a la infracción que se comete.

En este sentido, la justificación de la pena enlaza con la función última que le corresponde al Derecho penal de contribuir a la paz social y de proteger los bienes jurídicos. Pero es preciso aclarar que no se debe equiparar la teoría de la pena, por un lado, y la función del Derecho penal, por otro. El Estado pretende conseguir con la imposición de una pena la retribución

51. TORÍO LÓPEZ, «El concepto individual de culpabilidad», ADPCP 1985, 285.

y la prevención del delito como fines inmediatos. Pero el fin último de la sanción penal sería el cumplimiento de la función que le corresponde al Derecho penal.

Pero volviendo al tema de la justificación de la pena, siguiendo a JESCHECK en este punto, podemos distinguir una triple justificación: político-estatal, psicológico-social y ético-individual<sup>52</sup>.

- a) Desde un punto de vista *político-estatal*, la pena es necesaria porque el Estado estaría avocado a su desaparición si no evitara que las infracciones jurídicas más graves pudieran cometerse impunemente. Sin la pena, el ordenamiento jurídico dejaría de tener carácter coactivo y se rebajaría hasta convertirse en una recomendación sólo éticamente vinculante.
- b) Desde una perspectiva *psicológico-social*, la pena es también necesaria para satisfacer las demandas de Justicia de la colectividad. La convivencia pacífica de las personas resultaría imposible si el Estado se limitara a la mera prevención de los delitos del futuro inmediato y pretendiera que tanto la víctima como la colectividad se conformaran con el delito ya cometido, aceptando vivir con el autor como si no hubiera habido injusto alguno. Las consecuencias ciertas serían la ley de Lynch y el regreso a la pena privada.
- c) Por último, desde un punto de vista *ético-individual*, la pena resulta también necesaria, porque la aspiración a liberarse de culpa mediante una prestación expiatoria constituye una experiencia fundamental del hombre como ente moral. De ahí que crear la posibilidad de una expiación como prestación moral autónoma sea una tarea legítima del Estado, aunque el camino de la conversión interna esté cerrado para la mayoría de los delincuentes. Si bien hay que insistir en que se trata de una posibilidad que se ofrece al delincuente, pero no de una obligación. Como dice CEREZO MIR, "la expiación es posible, pero no necesaria, pues no puede ser impuesta por la fuerza. Implica la aceptación voluntaria de la pena como sanción justa del delito cometido"<sup>53</sup>.

52. JESCHECK/WEIGEND, *PG*<sup>5</sup>, § 8 I 2 a).

53. CEREZO MIR, *PG I*<sup>6</sup>, 29.

La necesidad de la pena parece, hoy por hoy, un principio irrenunciable. Así se reflejó, por ejemplo, en el Proyecto Alternativo alemán de 1966, en donde se decía que «la pena es una amarga necesidad». Por tanto, todavía no se ha cumplido la predicción de RADBRUCH, según el cual llegará un día en que se dejaría atrás el Derecho penal, de tal manera que surgiría “algo que fuese mejor que el Derecho penal”<sup>54</sup>. Ciertamente es que el Derecho penal es mejorable, pero hoy en día no ha surgido aún un instrumento de control social que le haya podido sustituir. La privatización del Derecho penal, defendida por algún sector doctrinal, tiene el peligro de derrumbar las conquistas garantistas conseguidas durante siglos, y sería algo así como ahuyentar el “Diablo con Belcebú”<sup>55</sup>.

#### 4. Fines de la pena

Distinto de la naturaleza de la pena y de su justificación, aunque a veces se confundan, es el tema de los *finés de la pena*<sup>56</sup>. Hasta ahora he-

54. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, 4ª ed., Ed. Comares, Granada, 1999, con Estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez sobre «La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política». La famosa cita en p. 218: “pudiera suceder al contrario, que la evolución del Derecho penal trascendiera del Derecho penal mismo y que la mejora del Derecho penal desembocara, no en un Derecho penal *mejor*, sino en un Derecho penal de *mejora* (reforma) y prevención, que fuera *mejor* que el Derecho penal; es decir, más humano e inteligente”.

55. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984 (trad. Arroyo Zapatero/Muñoz Conde), 400. Véase también del mismo autor, «Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el Derecho penal», RP 11 (2003), 34 ss. (trad. Ontiveros Alonso).

56. La bibliografía al respecto es inabarcable. Además de los manuales y tratados de parte general y los específicamente dedicados a las consecuencias jurídicas del delito, véanse también, entre otros, los siguientes trabajos: ÁLVAREZ GARCÍA, «Retribución y prevención general negativa como fines de la pena», CPC 72 (2000), 563 ss.; *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Ed. Comares, Granada, 2001; ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Discurso leído en la Apertura del Curso académico de 1944 a 1945, Ed. Universidad de Salamanca, 1944; BOTTKKE, «La actual discusión sobre las finalidades de la pena», en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, 41 ss. (trad. Benlloch Petit); CID MOLINÉ, *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1994; FALCÓN Y TELLA, M.J./FALCÓN Y TELLA, F.: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005; HASSEMER, «Fines de la pena

mos pretendido responder a la pregunta ¿por qué se pena? A continuación corresponde preguntarse ¿para qué se impone una pena? Con ello, no se pretende otra cosa que averiguar cuál es el significado o el *sentido* que tiene la pena, tanto para el propio penado como para la sociedad.

A riesgo de simplificar, la pena puede ser entendida desde dos perspectivas: o bien como retribución o bien como prevención. La pena como retribución mira hacia el *pasado*, hacia la infracción cometida, y pretende compensar ese mal con otro que ella comporta; y la pena como prevención mira hacia el *futuro*, hacia el riesgo de comisión de nuevos delitos por parte del autor o por otras personas, y pretende evitarlos.

Históricamente las diversas concepciones del Estado, de la Sociedad y del Derecho han conducido a acentuar una u otra dimensión de la pena. En la discusión sobre los fines de la pena, han desempeñado un recurrente e importante papel varios nombres e ideas. Veamos brevemente cuáles han sido algunos de estos hitos y personajes fundamentales en la evolución histórica de la teoría de los fines de la pena.

### a) *Breve exposición de la evolución histórica de la teoría de los fines de la pena*

Prescindiendo de antecedentes muy remotos de la pena, hay que empezar diciendo que desde los filósofos griegos la pena se ha entendido, además de como retribución por el delito cometido, como medio para prevenir la delincuencia futura. Siempre han estado presentes ambas dimensiones de la pena, lo que sucede es que unas veces ha prevalecido la retribución, otras, en cambio, la prevención.

a) En la Grecia clásica podemos ver ejemplos de ambos aspectos. Así, PLATÓN (429-347 a.C.), por ejemplo, en *Protágoras*, realza claramente la pre-

---

en el Derecho penal de orientación científico social», en Mir Puig (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Ed. UABarcelona, Bellaterra, 1982, 117 ss.; «¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)», RDPC 3 (1999), 317 ss. (trad. Díaz Pita); TORÍO LÓPEZ, «El sustrato antropológico de las teorías penales», RFDUC monográfico nº 11 (1986), 667 ss.

vención general y especial (por ejemplo, en 324a), mientras que en *Gorgias*, concibe el castigo más bien como retribución o expiación de la culpa (por ejemplo, en 469b y ss.). Por su parte, ARISTÓTELES (384-322 a.C.), en la *Ética a Nicómaco*, parece atribuir mayor relieve a la retribución y la prevención general, en vez de a la prevención especial (por ejemplo, en 1179b 1 y ss., y también en 1180a 1 ss.).

Igualmente SÉNECA (4-65 d.C.), por citar un clásico español, también ha atribuido un papel destacado a la prevención, y de él se dice que es el clásico aforismo: *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim præterita non possunt, futura prohibentur* (en *De ira*, I, 19).

b) Con la aparición del cristianismo y la expansión del principio de responsabilidad ética individual y de la culpa moral, la retribución cobra de nuevo un papel muy importante entre los teólogos. Por seguir citando autores españoles, para Alfonso DE CASTRO (1495-1558) la pena era, como también lo fue para SANTO TOMÁS, la “restauración del orden perturbado; no es compensación a la víctima, sino a la injuria que se hizo al legislador”<sup>57</sup>. Pero para DE CASTRO la pena no sólo persigue esa restauración del orden perturbado, mirando hacia el pasado, sino que mira asimismo hacia el futuro, hacia la prevención.

c) No obstante, en la práctica, durante toda la Edad Media y la Edad Moderna la Política criminal imperante en los diferentes países europeos (si es que se puede emplear esta expresión), era una *Política del terror*, es decir, la prevención general negativa o intimidativa predominaba sobre cualquier otra dimensión de la pena. Como ha expuesto brillantemente quien fuera Presidente del Tribunal Constitucional español y Catedrático de Historia del Derecho (víctima de la sinrazón), “el fin políticamente perseguido por la ley penal era el represivo”. “La Monarquía –continúa este autor– creyó siempre... que el único procedimiento eficaz para combatir la delincuencia era el represivo”; “lo que realmente quería provocar la Monarquía con sus leyes era el miedo colectivo”<sup>58</sup>.

57. ANTÓN ONECA, *PG*<sup>2</sup>, 45.

58. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía absoluta. (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, 355 y 356.

La ley penal en aquellos tiempos fue un arma creadora de auténtico terror colectivo, y sería suficiente para constatarlo, recordar aquí las palabras que MAQUIAVELO dedicó en *El Príncipe* al llamado duque Valentino, hijo del Papa Alejandro VI, como es sabido, César Borgia.

Ese miedo o terror colectivo se pretendía conseguir a través de crueldades aparentemente innecesarias y sin preocuparse de mantener la proporcionalidad de la pena respecto del delito cometido. Pero es que, además, la multiplicación de condenas capitales y de penas corporales, trajo consigo que se devaluase su efecto intimidativo y que condujese necesariamente a una espiral de terror en que resultaba preciso inventar penas todavía más terribles que la muerte<sup>59</sup>.

De ahí que, como ha dicho TOMÁS Y VALIENTE, “las penas más frecuentes fuesen las de muerte (en las diversas formas de ejecución), azotes, vergüenza, galeras, las de cárcel (englobando la “cárcel” en sentido estricto, los presidios, los arsenales y las minas), y las de destierro y pecuniarias, estas últimas casi siempre con carácter accesorio”<sup>60</sup>.

d) Con la Ilustración (s. XVIII), que tanto influiría en el Derecho penal moderno, se empezaría a producir una reacción humanitaria contra los excesos de la intimidación del Derecho penal del Antiguo Régimen. Los ilustrados reclaman que, junto al imperativo de la proporcionalidad, la pena pretenda la consecución de fines útiles<sup>61</sup>. Estos ideales quedarían enunciados en la **Declaración de los derechos del hombre** (1789), que en su artículo 8, decía que «la ley no debe establecer más que penas estrictamente necesarias».

59. Es escalofriante el relato que recoge CUELLO CALÓN, al hablar de la aplicación de la pena capital hasta el siglo XVI (véase, «Contribución al estudio de la historia de la pena de muerte en España», ADPCP 1957, 13 n. 12). También es muy conocido y muy parecido en crueldad, el caso llamado de Damiens, con que comienza la obra de FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, Ed. Siglo XXI, 7ª ed., Madrid, 1982, 11 ss. y que hemos recogido más adelante (*infra* § 6.2).

Estos fueron solamente un par de ejemplos entre tantos otros casos semejantes. Algunos más los podemos leer en VON HENTIG, *La pena*, t. I, cit., 235 ss.

60. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., 356.

61. ANTÓN ONECA, «Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración», REP 166 (1964), 415 ss.

En Francia, Carlos de SECONDAT, Barón de MONTESQUIEU (1689-1755) en su obra *Del espíritu de las leyes* formulaba el principio de proporcionalidad de las penas por razones de equidad y además propugnaba una política criminal más preventiva que represiva [véase, por ejemplo, Libro VI, Cap. IX (*De la severidad de las penas en los distintos Gobiernos*)]; y VOLTAIRE (1694-1778) clamaba por la abolición de la pena capital, porque la muerte del ladrón “es únicamente útil para el verdugo”, “un hombre ahorcado –decía– no sirve para nada y los suplicios inventados para el bien de la sociedad deben ser útiles para ésta”, de ahí que considerase que “la espada de la justicia está en nuestras manos, pero debemos a menudo quitarle el filo más que afilarla” (véase *Comentario sobre el libro “De los delitos y de las penas” por un Abogado de provincias*, Cap. 10).

En el ámbito anglosajón, ha de mencionarse a Jeremías BENTHAM (1748-1832) y a John HOWARD (1726-1790). El primero, desde su perspectiva utilitarista, se pronunciaba en sus *Tratados de Legislación civil y penal* y su *Teoría de las penas y de las recompensas*, en contra de las penas aflictivas y de la pena capital, porque no es “útil” la pena que aniquila o expone al desprecio de uno mismo y a la explotación (moral o física) de los demás. El segundo, tuvo un importantísimo influjo benefactor en la reforma de las prisiones. En sus obras se describen las infectas prisiones europeas, que por cierto pudo experimentar en sus propias carnes (no sólo porque estuvo preso en Francia, sino porque moriría en Rusia de una fiebre carcelaria). Aquellas cárceles carecían de luz, de aire, su población estaba enferma, mal alimentada, maltratada, etc. Él propuso reformas que hoy damos por sentadas, que influirían fundamentalmente en la reforma penitenciaria norteamericana [*infra* § 32.1.d) y 32.2], pero que en aquellos momentos suponían grandes novedades, como, por ejemplo, mejorar la higiene y la alimentación en los establecimientos penitenciarios, la educación moral y religiosa, trato disciplinar distinto para internos no condenados y condenados, etc.. Todo ello con el propósito de que la pena fuese útil.

Por supuesto, hay que mencionar también entre aquellos autores del siglo XVIII al que quizás mayor eco haya tenido entre la doctrina penalista. Nos referimos, claro, al italiano Cesare BONNESANA, marqués de BECCARIA (1738-1794), que publicó en 1764 su famoso libro, titulado *Dei delitti e delle pene*.

BECCARIA funda el Derecho penal en el contrato social y en la necesidad, y sólo es necesaria la pena en cuanto medio para prevenir nuevos delitos<sup>62</sup>.

En España habría que mencionar, entre otros, a Don Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE (1744-1820), el “Beccaria español” –como lo califica Quintiliano SALDAÑA, aunque no con demasiado acierto–. Este autor, en su famoso *Discurso sobre las penas, contraído a las Leyes criminales de España para facilitar su reforma* (1782), al hablar del objeto y fines de las penas (Cap. III), asigna a la pena un fin general: la seguridad de los ciudadanos y la salud de la República; y a continuación señala unos fines particulares, entre los que se menciona “la corrección del delincuente para hacerle mejor, si puede ser y para que no vuelva a perjudicar a la sociedad”, “el escarmiento y ejemplo para que los que no han pecado se abstengan de hacerlo”, y “la seguridad de las personas y de los bienes de los ciudadanos” y “el resarcimiento o reparación del perjuicio causado al orden social o a los particulares”.

e) Durante el siglo XVIII se sentarían igualmente las bases de las teorías absolutas que habrían de venir. En este sentido, el idealismo alemán trascendería de los planteamientos utilitaristas de la Ilustración y reaccionaría frente a los excesos a que podía conducir su concepción de la pena. El representante más destacado de esta corriente fue KANT.

Para Immanuel KANT (1724-1804) la ley penal es un imperativo categórico, es decir, un mandato de la Justicia, libre de toda consideración final. Si la

---

62. Particularmente sobre los fines de la pena, este autor afirma en el § XII de su obra lo siguiente: “De las verdades expuestas hasta aquí se sigue evidentemente que el objeto de las penas no es atormentar o afligir a un ser sensible, ni impedir que un crimen ya cometido deje de serlo efectivamente. ¿Podría esta inútil crueldad, funesto instrumento del furor y del fanatismo, o de la debilidad de los tiranos, ser adoptada por un cuerpo político, que lejos de obrar por pasión, no se propone otro fin que el de reprimir las de los hombres? ¿Se cree que los lamentos de un desgraciado harán que deje de existir una acción ya cometida? No; el objeto de los castigos no es otro que el de impedir al reo que vuelva a dañar a la sociedad, y el de retraer a sus conciudadanos del deseo de cometer semejantes delitos. Por tanto, entre las penas y el modo de imponerlas, es necesario elegir la que guardando la proporción debida, haya de hacer una impresión más fuerte y duradera en el ánimo de los hombres, y la que menos atormente al reo”.

Véase al respecto, entre otros, BUENO ARÚS, «Los fines de la pena y la pena de prisión en Beccaria y la política criminal española contemporánea», AP 1989, 1483 ss.

pena se explicase por los fines de utilidad para la sociedad, entonces se reduciría al reo a una cosa, se le utilizaría como medio para conseguir un determinado fin. Por eso, la pena debe imponerse porque se ha cometido un delito, aunque no depare ningún provecho para el reo ni para la sociedad (*teoría de la retribución ética*). KANT lo formuló en su *Metafísica de las costumbres* (1797) del modo más expresivo: “Incluso si la sociedad civil se disolviera con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, si el pueblo que habita una isla decidiera disolverse y dispersarse por todo el mundo), antes tendría que ser ejecutado el último asesino que se encontrara en la cárcel, para que cada cual sufra lo que sus hechos merecen, y para que no pese la culpa de la sangre sobre el pueblo que no ha insistido en su castigo” (§ 49 E I).

Pese a la gran influencia que produjo KANT, ello no quiere decir que desapareciesen por completo las ideas preventivas de la teoría de la pena. Así, en la misma Alemania hay que destacar en esta línea a Paul Joachim Anselm FEUERBACH (1775-1833), quien intentaría superar los planteamientos del Estado policía del Antiguo Régimen, y su *teoría de la coacción psicológica* conduciría a potenciar al máximo el principio de la prevención general. Ahora bien, este objetivo se pretendía conseguir desde unos presupuestos completamente distintos a los del Antiguo Régimen. Concebía la sanción penal más como garantía de libertad para el ciudadano y de eficacia de la ley penal que como instrumento represor. Como hemos dicho, este autor fundó la moderna teoría de la prevención general negativa, bajo el nombre de la *teoría de la coacción psicológica*, cuyo núcleo se centra en torno a la consideración siguiente: para evitar la delincuencia tenemos dos posibilidades, o bien podríamos tener a todos ciudadanos bajo cadenas (lo cual es impensable), o bien podemos hacer que el delito no sea para el ciudadano una alternativa psicológicamente viable. Semejante coacción psicológica se conseguiría a través de la conminación penal, que haría desistir de la comisión de acciones punibles. Sin embargo, otros fines, como la educación o el aseguramiento, dada la concepción del Estado que mantenía (el Estado liberal) no debían ser fines perseguibles por el Estado a través de la imposición de una pena (FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Teil I, 1799, p. 1 ss.).

Efectivamente, en aquella época, la concepción del Estado era la del Estado liberal (*laissez faire, laissez passer*). Su papel se limitaba, pues, a

asegurar los derechos individuales de los ciudadanos, renunciando a intervenir en la Sociedad. Por eso, no era asunto del Estado la previsión social, la corrección de los delincuentes o cualquier otra influencia sobre ellos. Traducido esto en el campo de la pena, supuso fundamentalmente el auge de las teorías absolutas, porque el Estado liberal postula la libertad, dignidad y no instrumentalización del hombre como valores supremos, y por ello, ve en la pena retributiva una garantía del ciudadano ante los excesos de las ideas prevencionistas de la pena intimidadora, educadora o aseguradora.

Sus representantes más destacados en la Alemania del siglo XIX, serían HEGEL y el último BINDING. Con ellos, como hemos dicho, la idea de retribución pasaría a un primer término.

Para Georg Wilhelm Friedrich HEGEL (1770-1831), de acuerdo con su conocida fórmula dialéctica, el ordenamiento jurídico representa la “voluntad general” y el delito expresa la “voluntad particular” del delincuente. Ésta sería la negación de aquélla. Pero sucede que el delito, a su vez, es objeto de anulación por parte de la pena, esto es, la pena sería la negación de la negación de la “voluntad general”; o con otras palabras, la pena es la reafirmación o la restauración ideal del orden jurídico infringido (*teoría de la retribución jurídica*). A juicio de HEGEL, sólo así se trata al delincuente como un ser “racional” y “libre”, y sólo así se le “honra”. HEGEL critica en sus *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho*, de 1821, la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH, porque “el Derecho y la Justicia –dice– tienen que tener su asiento en la libertad y en la voluntad y no en la falta de libertad, a la que se orienta la amenaza. Si se fundamenta la pena de este modo es como si se levanta el bastón contra un perro” (adición al § 99).

Desde un planteamiento distinto, pero en definitiva uniéndose a Kant y Hegel, Karl BINDING (1841-1920) formuló su teoría de la pena del modo siguiente: “La pena es un menoscabo de bienes jurídicos o derechos, que impone el Estado por mandato legal a un delincuente como desagravio (*Genugtuung*) por la violación jurídica irreparable cometida, para mantener la autoridad de la ley infringida”. La finalidad de la pena es la represalia. El derecho subjetivo a la obediencia, se transforma, por la desobediencia, en un derecho a la coacción, que implica el sometimiento del culpable al poder jurídico que no respetó, como represalia por la violación jurídica irreparable cometida. El derecho de sumisión se convierte, de este modo, en un derecho

a la “conservación del señorío del derecho”. La pena es “la conservación del señorío del derecho a través del doblegamiento del criminal bajo la coacción jurídica” (*Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeinter Teil*, § 92).

f) El acelerado proceso de industrialización traería consigo un hacinamiento en las ciudades, y lógicamente también el incremento de la criminalidad. Ante este fenómeno se entendió que el Estado no podía permanecer impasible, como lo hacía el antiguo Estado liberal, sino que el Estado debía adoptar una actitud intervencionista. Surgiría así el llamado Estado social. Esta incipiente concepción estatal tenía proyectos de asistencia y profilaxis, favorecidos por el progreso de las Ciencias naturales, que aportaban mejores conocimientos acerca de las causas de la delincuencia y de los modos de lucha eficaz frente a la misma.

Por este camino emprendería su marcha Franz VON LISZT (1851-1919) con la “idea de fin”, que determinaría la crisis de las teorías absolutas, y supondría el inicio de la lucha de Escuelas y del nacimiento de las posturas conciliadoras (o teorías de la unión) que hoy son las dominantes. VON LISZT, en su llamado «**Programa de Marburgo**» de 1882<sup>63</sup>, pretende conseguir la prevención de delitos a través de la imposición de una pena específica e individualizada a la persona que ya ha delinquido para evitar que lo haga nuevamente en el futuro. Se trata de evitar, por tanto, que quien ya infringió la ley penal, vuelva a hacerlo posteriormente. A juicio de este autor, esto se puede lograr principalmente a través de alguna de estas tres posibilidades: o bien a través de la *intimidación* del delincuente ocasional que no requiere corrección, o de la *corrección* del delincuente capaz de corregirse y necesitado de tal corrección para reintegrarse en la sociedad, o por último, de la *inocuización* del delincuente incorregible. Conforme a ello, este autor daría un importantísimo impulso a lo que habría de ser la moderna *teoría de la prevención especial o individual*, cuyas manifestaciones más destacadas serían el correccionalismo español

63. Su “Programa de Marburgo” fue publicado originariamente con el título «Der Zweckgedanke im Strafrecht», ZStW 3 (1883), 1 ss., y está traducido al español: *La idea del fin en el Derecho penal*, (trad. Pérez del Valle), Ed. Comares, Granada, 1999, con un estudio preliminar de ZUGALDÍA ESPINAR, «¿Otra vez la vuelta a von Liszt?», 11 ss.

(ARENAL y DORADO MONTERO)<sup>64</sup>, la Escuela positiva italiana (LOMBROSO, GAROFALO, FERRI), la Escuela moderna alemana (VON LISZT) y el llamado movimiento de Nueva Defensa Social (GRAMATICA, ANCEL).

g) Los regímenes totalitarios aparecidos durante la primera mitad del siglo XX asumieron los postulados prevencionistas, lo cual no podía dejar de incidir, de manera muy importante, en la evolución posterior de la teoría de la pena. En efecto, como reacción a aquella concepción totalitaria de la pena, tras el final de la 2ª Guerra Mundial se produciría un resurgir de la idea de retribución, en lo que supone de garantía del ciudadano frente a los excesos utilitaristas o prevencionistas que se produjeron en el pasado más inmediato. A través de este proceso, y aunque siempre estuvieron presentes, las llamadas *teorías eclécticas o de la unión* cobrarían una importancia muy destacada, y hoy por hoy se puede decir que son las dominantes.

Esta reacción a la concepción de la pena de los regímenes totalitarios adoptaría, en Alemania, dos formas principalmente: una la *conservadora*, que ve en la retribución el fundamento de la pena, sin perjuicio de que además pueda cumplir determinados fines preventivo generales y especiales; y otra la *progresista*, que ve, en cambio, el fundamento en la necesaria defensa de la sociedad, y la retribución y la culpabilidad operarían como un límite de la pena. La orientación conservadora pondría el acento lógicamente más en la prevención general y se plasmaría en el **Proyecto Oficial alemán de 1962**, mientras que la progresista lo haría más en la prevención especial y se reflejó en el **Proyecto Alternativo alemán de 1966**<sup>65</sup>.

64. ANTÓN ONECA, «La teoría de la pena de los correccionalistas españoles», en *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al Prof. Luis Legaz Lacambra*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1960, 1015 ss.; FERNÁNDEZ ALBOR, «Los fines de la pena en Concepción Arenal y en las modernas orientaciones penitenciarias», REP 180-181 (1968), 11 ss.

65. Sobre el Proyecto Alternativo alemán, véase, entre otros, ARROYO ZAPATERO, «Las propuestas político criminales del Proyecto Alternativo alemán», CPC 1981, 309 ss.; ROXIN, «Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo», en *Problemas básicos de Derecho penal* (trad. D.M. Luzón Peña), Ed. Reus, Madrid, 1976, 37 ss.

Hoy en día, el “mito de la resocialización”<sup>66</sup> parece haber entrado en crisis, y este pensamiento va dando paso, una vez más, a una acentuación del principio retributivo y de prevención general<sup>67</sup>.

## b) Las teorías penales

Con esta breve exposición de la evolución histórica de la teoría de la pena podemos constatar que las teorías elaboradas en torno a los fines de la pena son, fundamentalmente, tres: las teorías absolutas, las teorías relativas y las teorías de la unión. Veamos a continuación, aunque sea también de manera resumida, las características y las críticas de unas y otras<sup>68</sup>.

### i. Teorías absolutas

1. Las versiones fundamentales de las teorías de la retribución o **teorías absolutas de la pena**, que hemos visto que se deben, sobre todo, a KANT, a HEGEL y a BINDING, presentan los siguientes *caracteres en común*:

- a) La pena no debe perseguir fines de prevención del delito, pues lo contrario conculcaría la *dignidad humana*. Si se amenaza con una pena a los individuos para que no delinca, o se impone al delincuente una pena para que no vuelva a delinquir, se estaría convirtiendo al hombre en instrumento o medio para conseguir un determinado fin, cuando el hombre es un fin en sí mismo (diría KANT), o se le estaría tratando como a un animal (diría HEGEL).
- b) La pena no es que no sirva para nada, sino que lleva su *fin en sí misma*. Las teorías absolutas insisten en el principio básico: *punitur, quia peccatum est*. La pena tiene que ser, porque tiene que imperar

66. Véase al respecto, por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «La supuesta función resocializadora del sistema penal», ADPC 1979, 645 ss.; y también MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», CPC 7 (1979), 91 ss.

67. NAUCKE, W.: *Strafrecht. Eine Einführung*, 10ª ed., Ed. Luchterhand, Neuwied/Kriftel, 2002, § 1/152.

68. Seguimos básicamente la exposición de ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. D.M. Luzón Peña), Ed. Reus, Madrid, 1976, 11 ss.

la Justicia. Con lo cual, la pena que corresponda al delito cometido tiene que ejecutarse siempre y en su totalidad, ya que la no ejecución de la pena o su ejecución parcial frustraría las exigencias irrenunciables de la Justicia. El ejemplo de la isla que propone KANT es muy ilustrativo al respecto.

Tras las teorías absolutas subyace una filosofía de política liberal, que veía en la proporción entre la pena y el delito una garantía para el ciudadano. No se podía castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, porque ello se opone a la dignidad humana.

2. A las teorías absolutas de la pena se les puede formular algunas **críticas**:

- a) La teoría de la retribución *presupone ya la necesidad de la pena*, que debería fundamentar. Si su significado estriba en la compensación de la culpabilidad humana, no se puede referir con ello en serio a que el Estado tenga la tarea de retribuir con la pena toda culpabilidad. Cada uno de nosotros se hace culpable frente a su prójimo de muchas maneras, pero no por ello se nos castiga. La teoría de la retribución no explica en absoluto *cuándo* se tiene que penar, sino que dice tan sólo: «Si imponéis –con los criterios que sea– una pena, con ella tenéis que retribuir un delito». Queda sin resolver, por tanto, la cuestión decisiva de bajo qué presupuestos la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar. No impide que se incluya en el CP cualquier conducta y, si se dan los criterios generales de imputación, que efectivamente se la castigue; da, por lo tanto, un cheque en blanco al legislador.
- b) La posibilidad de culpabilidad humana presupone la *libertad de voluntad* (el libre albedrío), y su existencia *es indemostrable*. A la pregunta de si el hombre concreto podría haber obrado de otro modo en una precisa situación es imposible contestar con medios científicos. De todas formas, recordemos lo dicho más arriba al respecto [*supra* § 4.2.d).ii].
- c) La idea misma de retribución compensadora sólo se puede hacer plausible mediante un *acto de fe*. Considerándolo racionalmente no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido, añá-

diendo un segundo mal, la pena. Si aplicamos el “ojo por ojo, diente por diente”, al final todos ciegos o tuertos y desdentados.

Ciertamente está claro que tal procedimiento corresponde al arraigado impulso de venganza humano, del que ha surgido históricamente la pena; pero que la asunción de la retribución por el Estado sea algo cualitativamente distinto a la venganza, el que la retribución quite «la culpa de la sangre del pueblo», expíe al delincuente, etc., todo esto es concebible sólo por un acto de fe, que, como según nuestra Constitución no le puede ser impuesto a nadie, no es válido para la fundamentación, vinculante para todos, de la pena estatal.

## ii. Teorías relativas

1. Las **teorías relativas** o teorías de la prevención se caracterizan porque según ellas la pena tiende al logro de un fin relativo, cambiante, consistente en prevenir o evitar el delito (*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*). El sentido de la pena radica exclusivamente en su misión de evitar acciones punibles en el futuro. Como hemos visto al exponer la evolución histórica de las teorías penales, los fundamentos ideológicos de las teorías relativas son muy variados, pudiendo encontrarlos en las doctrinas humanitarias de la Ilustración, pero también en la creencia del positivismo científico de poder explicar conforme a criterios causales el comportamiento delictivo o en la fe del correccionalismo en la capacidad para ser educados mediante una apropiada actuación pedagógicosocial. En definitiva, en el rechazo desde estas posturas a cualquier intento de interpretación metafísica de los problemas de la vida social. Son, pues, razonamientos humanitarios, sociales, racionales y utilitarios los que convergen en las teorías relativas de la pena.

Conforme a ello, la única pena legítima es la pena *útil* para alcanzar los fines de prevención. Pero la eficacia preventiva de la pena puede ser doble:

a) Si el resultado de la prevención ha de producirse en relación con la totalidad de los ciudadanos, se habla de **prevención general**. Prevención general significa, en primer término, que mediante el temor a la pena, toda persona debe ser disuadida para no cometer acciones punibles (*prevención general negativa*). Pero hay algo más. A través de la conminación penal el

Estado no sólo pretende intimidar a los posibles delincuentes, sino que repercute sobre la colectividad como “fuerza modeladora de las costumbres” (Proyecto oficial alemán de 1962). La pena procura además fortalecer a la colectividad en su conciencia jurídica y educarla en la obediencia al Derecho, acudiendo para ello a leyes penales justas y a una aplicación de las mismas igualitaria y comedida (*prevención general positiva o integradora*). Por consiguiente, en la prevención general positiva puede distinguirse un triple efecto: didáctico, de confianza y de satisfacción.

b) Si el propósito de la prevención se dirige al propio reo, se habla entonces de **prevención especial o individual**. Se pretende apartar al reo de nuevos yerros en el futuro, y ello puede ocurrir de tres maneras: *corrigiendo* al corregible (resocialización); *intimidando* al que por lo menos todavía es intimidable; y, finalmente, *haciendo inofensivo* mediante la pena de privación de libertad a los que ni son corregibles ni intimidables. Dentro de las doctrinas preventivo-especiales se significa hoy, por su carácter positivo, la propuesta resocializadora. “A medida que se han ido imponiendo las tesis humanitaristas en el ámbito penal –resalta SILVA SÁNCHEZ–, la idea de la resocialización ha pasado a presidir la discusión de los fines de la pena, mientras que la intimidación individual y la inoquización se estiman cosa del pasado”<sup>69</sup>. La resocialización ha vivido dos decenios de gloria, fundamentalmente la década de los sesenta. Sin embargo, desde la perspectiva actual cabe constatar lo efímero de aquella gloria. Al tiempo que cristalizaba en disposiciones legales de gran trascendencia (por ejemplo, el art. 25 de nuestra Constitución)<sup>70</sup>, el ideario resocializador entraba en una

69. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, 28.

70. Si bien, esta declaración constitucional no quiere decir que sean éstos los únicos fines de la pena de prisión, y así lo ha venido reconociendo la doctrina. Véase, entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, «La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación», LH-Valle Muñiz (2001), 35 ss.; «Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español», LH-Torío López (1999), 3 ss.; BOIX REIG, «Significación jurídico-penal del art. 25.2 de la Constitución. (La reeducación y reinserción social del condenado)», en AAVV, *Escritos penales*, Ed. Universidad de Valencia, 1979, 107 ss.; BUENO ARÚS, «A propósito de la reinserción social del delincuente (Artículo 25.2 de la Constitución española)», CPC 1985, 59 ss.; COBO DEL

crisis sin precedentes, fundamentalmente debido a las dudas que presenta el principal instrumento del arsenal punitivo: la pena de prisión, que desde que nació se puede decir que se encuentra en crisis.

2. A las teorías relativas de la pena también se les puede dirigir algunas *críticas*.

- a) Por lo que a la *prevención general negativa* se refiere, la crítica reside en que ni puede fundamentar el *ius puniendi* estatal en sus presupuestos ni limitarlo en sus consecuencias; es discutible políticocriminalmente y carece de legitimación que concuerde con los fundamentos del ordenamiento jurídico.

En efecto, siguiendo este orden, cabe señalar, en primer lugar, que el punto de partida preventivo-general tiene una tendencia al terror estatal, tiene una peligrosa inercia al *rigor desmedido*, y el paradigma de esta orientación es la máxima pena que se le puede imponer a un ser humano: la pena de muerte. En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que en muchos delitos y delincuentes no se ha podido probar hasta ahora el efecto de prevención general de la pena. El mecanismo preventivo de la pena opera con una *imagen extremadamente simplificadora* del impacto psicológico que pueda tener en los delincuentes. Los profesionales de la delincuencia, por ejemplo, no se dejan

---

ROSAL/BOIX REIG, «Derechos fundamentales del condenado. Reeduación y reinserción social», CLP t. I (1982), 217 ss.; CÓRDOBA RODA, «La pena y sus fines en la Constitución», en Mir Puig (ed.), *La reforma del Derecho penal*, Ed. UABarcelona, Bellaterra, 1980, 151 ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «La supuesta función resocializadora del sistema penal», ADPCP 1979, 645 ss.; GONZÁLEZ RUS, «Teoría de la pena y Constitución», EPC t. VII (1984), 223 ss.; MAPELLI CAFFARENA, «Desviación social y resocialización», CPC 1984, 311 ss.; MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», CPC 7 (1979), 91 ss. [=Sistema 31 (1979), 73 ss.]; LH-Antón Oneca (1982), 387 ss.; Mir Puig (ed.), *La reforma del Derecho Penal*, Ed. UABarcelona, Bellaterra, 1980, 61 ss.]; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 240 ss.

Del mismo modo nuestro TC nunca ha establecido que la prevención especial sea la única finalidad de la pena. “El art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución –dice la STC 55/1996, f.j. 4º– ni, desde luego, de entre los posibles –prevención especial; retribución, reinserción, etc.– ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad” (entre otras, véanse en el mismo sentido las SSTC 19/1988, 28/1988, 150/1991).

intimidar por la pena, o sencillamente la ven como un riesgo laboral, como en cualquier otro trabajo. Existen incluso delincuentes para los que la pena en vez de ejercer un efecto intimidativo, por el contrario, puede resultar hasta un aliciente para cometer el crimen. Pensemos, por ejemplo, en los delincuentes fanáticos para los que una condena a muerte significa una especie de martirio. Y en tercer lugar, ya las teorías absolutas de la pena se cuestionaban la legitimidad de castigar a un individuo para que otros omitan cometer un mal. KANT lo criticó por atentar contra la dignidad humana. No se puede considerar al individuo como un objeto a disposición de la coacción estatal o como material humano utilizable. Antes al contrario, el hombre es portador de un valor como persona, previo al Estado y que debe ser protegido por éste, con lo que, desde esta perspectiva, una instrumentalización del hombre como la que predica la prevención general negativa, resulta inadmisibles.

b) En cuanto a la *prevención general positiva o integradora*, también puede ser objeto de algunas críticas. En la actualidad el representante por excelencia de esta concepción es JAKOBS<sup>71</sup>, si bien también han existido con anterioridad otras manifestaciones en este sentido, como, por ejemplo, la opinión de WELZEL (*PG*<sup>11</sup>, § 32 II 2 c aa).

Por otro lado, frente a este planteamiento fundamentador de la prevención general positiva, se puede observar la presencia asimismo de una concepción limitadora de la prevención general positiva<sup>72</sup>, como pueda ser, por ejemplo, la postura representada por ROXIN<sup>73</sup>.

71. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo), Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, § 1/15; «Sobre la teoría de la pena», *PJ* 47 (1997), 145 ss. (trad. Cancio Meliá).

72. Según MIR PUIG se puede distinguir, pues, entre concepciones fundamentadoras y concepciones limitadoras de la prevención general positiva. Las primeras (entre las que incluye a Welzel, Jakobs y a Armin Kaufmann) permitirían ir más allá de lo preciso para la intimidación por razones de integración social. En cambio, las segundas (entre las que cita a Roxin, Hassemmer y Zipf) sólo buscarían limitar los excesos de pena debidos a razones intimidatorias, exigiendo penas que respondan a la conciencia social (MIR PUIG, «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», *ADPCP* 1986, 49 ss.).

73. ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, t. I [trad. De la 2ª ed. alemana (1994) por Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal], Ed. Civitas, Madrid, 1997, § 3/27. «En realidad –dice ROXIN–, en la prevención general positiva se pueden distinguir

En cualquier caso, la discusión no se plantea tanto en el terreno empírico, en el cual apenas se pone en duda que la pena tiene en verdad efectos de integración y de estabilización social, cuanto en el campo de la legitimación, esto es, cuando se pretende legitimar la intervención penal por el solo cumplimiento de dicha función. Ello a juicio de muchos autores no resulta posible.

Algunas de las críticas que se han formulado a la teoría de la prevención general positiva son comunes a las que hemos señalado con respecto a la prevención general negativa, como que con ella se atenta contra la dignidad humana, pues el castigo por motivos de prevención general sólo pesa sobre el autor por motivo de la comunidad y la facultad para ello requiere una justificación que esta teoría no puede ofrecer por sí misma; además, se ha dicho que comparte con la teoría de la retribución que no puede dar impulso alguno a la ejecución de la pena.

Pero la teoría de la prevención general positiva como legitimadora de la pena puede ser objeto también de algunas **críticas exclusivamente concernientes a ella**. En este sentido, cabría traer a colación la opinión de SILVA SÁNCHEZ, quien, apoyándose a su vez en otros autores, considera que no resulta posible dicha legitimación, porque se trata de una teoría que pasa por la estigmatización del delincuente como medio necesario de integración social de los no desviados; pasa por la satisfacción de las tendencias irracionales, subconscientes, de la colectividad, que asume las necesidades sociales de castigo como baremo de decisión del sí y el cuánto de la pena; se trata de una legitimación de base social-autoritaria, que atribuye al Derecho penal funciones de conformación de las conciencias, de fomento de actitudes internas de fidelidad, en lugar de limitarse a requerir un respeto

---

tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. Sobre todo al efecto de pacificación, mencionado en último lugar, se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídicopenales con el término de «prevención integradora».

externo a las normas jurídicas, sin pretender la interiorización de los valores que ellas incorporan<sup>74</sup>.

Cabe señalar, por otro lado, que una fundamentación de la pena exclusivamente en atención a fines preventivo generales positivos responde a un modelo acrítico. El centro de gravedad de la pena pasa entonces de la subjetividad del individuo y del mundo axiológico de los valores, al sistema y a las expectativas institucionales, eludiendo cualquier reflexión crítica ajena a la funcionalidad del castigo para el sistema<sup>75</sup>.

c) Respecto de la *prevención especial*, sus críticas se pueden resumir en la siguiente frase: “La teoría de la prevención especial no es idónea para justificar el Derecho penal, porque no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias, porque no explica la punibilidad de delitos sin peligro de repetición y porque la idea de adaptación social forzosa mediante una pena no contiene en sí misma su legitimación, sino que necesita de fundamentación jurídica a partir de otras consideraciones” (ROXIN, «Sentido y límites», 17).

Se ha dicho que la resocialización no permite trazar un límite claro y preciso al *ius puniendi*. La resocialización potencia la intervención punitiva del Estado, en lugar de limitarla, dejando al particular ilimitadamente a merced de la intervención estatal. La experiencia histórica ha demostrado

74. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 234.

75. Véase, entre otros, BARATA, «Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», CPC 1984, 533 ss. (trad. García-Méndez/Sandoval Huertas).

En particular, véase también la crítica que hace SCHÜNEMANN a JAKOBS centrada en que la pretensión de legitimar la pena desde un punto de vista exclusivamente preventivo general positivo conduce a una argumentación de carácter circular. Véase, entre otros lugares, SCHÜNEMANN, «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, 147 ss.; y también SCHÜNEMANN, «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», LH-Roxin (1997), 89 ss.

También en parecidos términos cabría citar a PÉREZ MANZANO en un artículo publicado en este último Libro-Homenaje a Roxin. Según esta autora cabe reconocer una doble función a la prevención general positiva, pero sin renunciar a la culpabilidad como principio fundamentador de la pena [«Aportaciones de la prevención general positiva a la resoluciones de las antinomias de los fines de la pena», LH-Roxin (1997), 87].

que el ideal resocializador es muy proclive a ser objeto del abuso y de la manipulación política.

Sin duda, uno de los factores que ha contribuido a la crisis de la resocialización ha sido su absolutización. La exageración del paradigma preventivo-especial conlleva prescindir en la sanción penal de toda proporcionalidad con el hecho cometido, así como de las exigencias de prevención general. Si prescindimos de otra consideración que no sea la prevención especial en la imposición de una pena, ello supone que aun en los crímenes más graves no tendría que imponerse la sanción penal si no existe peligro de repetición; e inversamente, por una infracción muy leve, mientras subsista la peligrosidad criminal del reo tendría que seguir cumpliendo la pena. Esto es lo que ha sucedido en algunos países, como los escandinavos y en Estados Unidos, en donde se llegó, en su empeño resocializador, a prescindir de toda referencia al hecho cometido o a las necesidades de prevención general, para centrarse exclusivamente en el pronóstico sobre la peligrosidad del individuo. La principal herramienta utilizada desde estos puntos de vistas ha sido la pena privativa de libertad de duración indeterminada, que probablemente adquirió su máxima expresión en el Derecho norteamericano.

Por otro lado, mayor entidad tienen aquellas críticas que se dirigen al núcleo del concepto de resocialización, poniendo en seria duda la eficacia de la misma y su legitimidad. En cuanto al primer aspecto, se ha argumentado, la imposibilidad de una educación para la libertad en condiciones de ausencia de libertad e incluso la ineficacia intimidatoria (individual), en muchos casos, de la pena privativa de libertad, apuntándose, además, el efecto desocializador suplementario de esa misma privación de libertad. Y con respecto a su legitimidad, ésta se ha rechazado por dos razones: 1) Carece de sentido resocializar al delincuente para integrarlo en una sociedad que, en sí, es criminógena; más bien habría que resocializar a la sociedad misma, en vez de al individuo. 2) La intervención resocializadora constituye una injerencia injustificable en los derechos individuales del sujeto que ha delinquido, puesto que, si desea tener éxito, ha de dirigirse a una modificación no sólo del comportamiento, sino también de la actitud interna. “¿De dónde obtenemos el derecho –se pregunta ROXIN– de poder educar y someter a tratamiento contra su voluntad a personas adultas?”.

### iii. Teorías de la unión

Dentro de las teorías de la pena, en la actualidad pueden considerarse como dominantes las denominadas *teorías mixtas, unitarias o de la unión*. Común a todas estas teorías es que pretenden encontrar una compensación entre las teorías absolutas y relativas, sobre la base de puntos de vista de justicia y utilidad (*punitur, quia peccatum est, et ne peccetur*).

Pero hay que llamar la atención sobre el hecho de que no se trata de una mera yuxtaposición, sin más, de sus ideas básicas, pues, como bien indica ROXIN, “la mera adición no sólo destruye la lógica inmanente a la concepción, sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena, que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo”, de tal manera que “los efectos de cada teoría no se suprimen en absoluto entre sí, sino que se multiplican”, y “esto no es sólo inaceptable teóricamente, sino muy grave desde el punto de vista del Estado de Derecho”. Se trata más bien, como apunta JESCHECK, que “mediante la reflexión práctica de que la pena, en la realidad de su aplicación, pueda desarrollar la totalidad de sus funciones frente a la persona afectada y su mundo circundante, de manera que lo que importa es conseguir una relación equilibrada entre todos los fines de la pena (método dialéctico)” (PG<sup>5</sup>, § 8, V).

Las teorías de la unión en Alemania se las denomina también *Spielraumtheorie* (teoría del espacio de juego) o simplemente *Rahmentheorie* (teoría del marco) debido al modo en que consiguen esa relación equilibrada entre los principios de culpabilidad y de prevención. Estas teorías reclaman la presencia de una pena proporcionada a la culpabilidad, esto es, ajustada al marco que ofrece la culpabilidad del autor; pero dentro de ese marco luego los principios preventivos pueden gozar de un cierto margen de juego. De este modo, según estas teorías se aconseja la imposición de una pena hasta el límite que supone la proporción con la culpabilidad, pero nunca podrá rebasarlo por razones de prevención general o especial. La pena finalmente impuesta podrá ser inferior a la proporcionada a la culpabilidad del sujeto o incluso llegar a ser sustituida por otra distinta por razones preventivas, pero en ningún caso podrá ser superior a la que correspondería en atención a la culpabilidad del sujeto.

En esto se puede decir que existe más o menos acuerdo entre los partidarios de las teorías mixtas. Sin embargo, y quizás debido al amplio número de autores partidarios de este método dialéctico, se pueden advertir algunas discrepancias entre ellos que permiten distinguir diversas teorías dentro de las mixtas o unificadoras.

Ya lo hemos mencionado, se puede distinguir entre una corriente «conservadora» y otra «progresista». Para la primera de ellas, plasmada en el Proyecto oficial de 1962, el fundamento de la pena se encontraría en la retribución y considera los fines preventivos de la misma como complementarios. Para la segunda, representada por el Proyecto Alternativo de 1966 (2ª ed., 1969), los términos se invierten y el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad a través de la protección de los bienes jurídicos, y a la retribución corresponde únicamente la función de *limitar* las exigencias de la prevención.

Por otro lado, según MIR PUIG, la postura «conservadora» y la «progresista» también se diferencian a la hora de asignar papeles a la prevención general y a la prevención especial<sup>76</sup>. Mientras la primera acentúa las exigencias de la prevención general como finalidad implícita a la retribución y por creer que así se consigue de forma más satisfactoria, porque sólo la pena justa ejerce en la colectividad el positivo efecto inhibitorio que de ella se espera, a diferencia de la pena injusta, que puede dar como resultado la sublevación de las conciencias. En cambio, la corriente «progresista» parece inclinarse hacia la prevención especial, como exigencia de un Derecho penal *humanitario*, que persigue, junto a la función de protección de bienes jurídicos, la reincorporación del sujeto a la sociedad.

Debido a la importancia y a la trascendencia que ha tenido y tiene todavía hoy en nuestro país, merece especial consideración la **teoría de la pena de ROXIN**.

El planteamiento del autor münichés es ofrecer una superación de las críticas a las teorías absolutas y relativas de la pena, para defender una teoría unitaria o «unificadora dialéctica», como él mismo la denomina, según la cual habría que distinguir el sentido que la misma tienen en cada una

76. MIR PUIG, *Introducción*, 74-75.

de las tres fases esenciales de su vida: la conminación penal, la medición de la pena y la ejecución de la condena.

Comienza por preguntarse ¿qué es lo que el legislador puede prohibir bajo pena? Según él, ninguna de las posiciones tradicionales (retribución, prevención general y prevención especial) puede dar respuesta a esta cuestión. La respuesta a aquel interrogante depende, en su opinión, de la función que se asigne al Estado, y para él, ésta no puede ser otra que “garantizar la vida en común de todos los ciudadanos sin que sea puesta en peligro”. Los presupuestos imprescindibles a garantizar son “una serie de condiciones valiosas, de las que, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad de actuación o la propiedad, todo el mundo las tiene presentes; en una palabra: los llamados bienes jurídicos”, cuya indemnidad el Derecho penal debe garantizar “penando su lesión en determinadas condiciones”. De esta función, el autor extrae dos consecuencias: “el Derecho penal es de naturaleza subsidiaria” y “el legislador no está facultado en absoluto para castigar sólo por su inmoralidad conductas no lesivas de bienes jurídicos”.

Así pues, para este autor, “las conminaciones penales sólo están justificadas si tienen en cuenta la doble restricción que encierra el principio de protección subsidiaria de bienes jurídicos. En este ámbito el fin de las disposiciones penales es de prevención general”.

En la segunda de las etapas por la que discurre la pena, la de imposición y medición de la misma, ROXIN considera que corresponde a la pena la función de servir de complemento a la prevención general propia de la conminación típica: la imposición de la pena por el juez es la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta por parte de la ley, en la cual, por cierto, late también un elemento de prevención especial, según él. Pero si es cierto que en la imposición de la pena resulta válida la finalidad de prevención general que atiende a la protección del ordenamiento como un todo, pueden resurgir, entonces, aquellas objeciones que precisamente él mismo había dirigido antes a la teoría de la prevención general. Según él esas críticas habían sido refutadas con éxito en la fase de la conminación de la pena, pues ésta sólo estaría justificada si tiene en cuenta la limitación doble que encierra la función de protección de bienes jurídicos. Pues bien, para no incurrir sobre todo en la objeción salvada en la fase de la conminación penal abstracta de convertir al hombre en un objeto, en un

instrumento de intimidación para los demás, es preciso que en la medición e imposición de la pena se salven los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona. Conforme a ello, el juez tendrá que sujetarse entonces a otra doble limitación: en primer lugar, “durante el procedimiento no se puede someter al particular a ningún trato que le prive de la libre determinación de sus declaraciones”, y en segundo lugar, “la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad”.

Así pues, en resumen, se puede decir que “la imposición de la pena sirve para la protección subsidiaria y preventiva, tanto general como individual, de bienes jurídicos, mediante un procedimiento que salvaguarde la autonomía de la personalidad y que al dictar la pena está limitado a la medida de la culpabilidad”. En este sentido, “la función de la pena en el momento judicial es, pues, confirmación de la prevención general hasta el límite máximo de la culpabilidad”.

En la última etapa de la pena, la ejecución, la pena tiene como función, a juicio de ROXIN, “la reincorporación del delincuente a la comunidad”, por lo que “sólo está indicada una ejecución resocializadora”, si bien con ciertos límites y cautelas que el autor marca frente a “utopías de mejora demasiado de color de rosa”.

La concepción de la pena que mantiene Claus ROXIN parece muy acertada, y podemos decir que la compartimos en gran medida. Sin embargo, no estamos de acuerdo con que la culpabilidad solamente limite el *ius puniendi* del Estado<sup>77</sup>. A nuestro juicio, y lo hemos dejado ya expresado más atrás,

---

77. Seguimos, en este punto, el planteamiento sostenido por SANZ MORÁN, «Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena», LH-Cerezo Mir (2002), 147 ss. [–RDP 8 (2003), 13 ss.].

Según este autor, resulta útil partir de la conocida distinción propuesta por ROXIN entre los momentos de conminación de la pena, su imposición y la ulterior ejecución de la misma. El legislador recurre al Derecho penal allí donde resulta ineludible para el mantenimiento de la paz jurídica, cuando estamos en presencia de un comportamiento que incide de manera grave sobre un bien jurídico fundamental. En este sentido, es cierto que la pena se *justifica* por su estricta necesidad para la protección de bienes jurídicos y, por consiguiente, por razones utilitarias. Pero la *imposición* de una pena, esto es, la inflicción de un mal al autor de un hecho delictivo encuentra su fundamento en la culpabilidad del autor y toma además esta misma culpabilidad como criterio mensurador. Ello naturalmente no impide que, por ejemplo, razones de prevención especial puedan conducir a poner en práctica, en la situación concreta,

el fundamento de la pena se encuentra precisamente en la culpabilidad del autor [*supra* § 4.2.d).ii]. Ello presupone, como es lógico, un concepto de culpabilidad basado en el libre albedrío, distinto, por tanto, del que sostiene ROXIN. Por ello se entiende que para él la culpabilidad simplemente suponga un límite que nunca podrá sobrepasar la pena, pero no, en cambio, que la fundamente o la legitime. Si, por el contrario, como es nuestra opinión, partimos como presupuesto de la pena de la capacidad de «poder actuar de otro modo», entonces la culpabilidad no sólo limita la pena, sino que también la fundamenta. A nuestro modo de ver, no es que al limitar la pena a través de la culpabilidad aquélla quede legitimada, sino más bien al contrario, al fundamentarla en la culpabilidad, quedaría entonces limitada.

La culpabilidad, en cuanto que limita la extensión de la pena, es una condición necesaria de la pena y, por tanto, al mismo tiempo también la fundamenta. Como dice CEREZO MIR, “si la capacidad individual de obrar de otro modo en la situación concreta no puede ser demostrada, ¿cómo puede servir luego la culpabilidad de límite a la medida de la pena?”<sup>78</sup>.

## § 5. Clases de penas

### 1. Diversos criterios de clasificación

Las penas son susceptibles de clasificarse con arreglo a distintos puntos de vista. Atendiendo a su *duración* pueden distinguirse en perpetuas y temporales; a tenor de su *gravedad*, en graves y leves, con o sin la mo-

---

algunos de los mecanismos legalmente establecidos como alternativa a la pena privativa de libertad: no toda pena ‘merecida’ es, por tanto, de ‘necesaria’ imposición, pero estas exigencias de prevención especial operan siempre dentro del marco de la pena adecuada a la culpabilidad. Recuerda, finalmente, que el hecho de fundamentar la pena en la culpabilidad del autor no impide, antes bien favorece, la orientación de la *ejecución* de la pena impuesta hacia las exigencias preventivo especiales de resocialización, cometido éste irrenunciable como reconoce hoy nuestra Constitución.

78. CEREZO MIR, «Culpabilidad y pena», ADPCP 1980, 358.

alidad intermedia de menos graves; por su *finalidad*, se ha distinguido históricamente entre penas aflictivas y correccionales; y en atención a su *rango interno* puede hablarse de penas principales y accesorias. Sin embargo, la clasificación de las penas más importante es la que atiende al *bien jurídico de que prive* su imposición, y así cabe hablar de la pena capital, que supone la privación de la vida; las corporales, que recaen sobre la integridad física del reo o le causan un dolor material; las privativas de libertad, que suponen un radical atentado a la libertad ambulatoria; las restrictivas de libertad solamente coartan la libertad de residencia y de movimientos sin anularla; las pecuniarias suponen una privación jurídica de signo patrimonial; las privativas de otros derechos suponen una limitación de los derechos políticos, civiles o profesionales; y las infamantes recaen sobre el honor o determinadas distinciones.

## 2. La clasificación del CP español

### a) Según su autonomía

En función de **su autonomía** las penas se dividen en *principales* y en *accesorias*.

Las *penas principales* son aquellas que el tipo penal prevé expresamente para su imposición por la comisión de un hecho punible y pueden, por tanto, ser aplicadas por sí solas. Por ejemplo, en el delito de homicidio la pena principal es la prevista en el art. 138 CP: pena de prisión de 10 a 15 años. Conforme a ello, las penas principales no dependen de otras para su imposición.

Por el contrario, las *penas accesorias* son aquéllas que únicamente pueden ser impuestas junto a una pena principal. Las penas accesorias no están previstas de un modo específico para el concreto delito previsto en la Parte Especial del Código, pero la propia ley las establece como añadido a las penas principales. Según el **art. 33.6 CP**, «las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código» [apartado redactado según la LO 15/2003].

Desde el momento en que el **art. 79 CP** establece que «siempre que los Jueces o Tribunales impongan una pena que lleve consigo otras accesorias condenarán también expresamente al reo a estas últimas», la aplicación de las penas accesorias no puede considerarse automática, cosa que había sido tradicional en nuestro ordenamiento y que había sido criticado. Si el Juez o Tribunal ha omitido su imposición en la sentencia, las penas accesorias no podrán ejecutarse. La garantía jurisdiccional del principio de legalidad (art. 3.1 CP) alcanza también a las penas accesorias. Razones de justicia, de carácter preventivo-especial (la aplicación automática de las penas accesorias ha sido uno de los mayores obstáculos para lograr la readaptación social de los delincuentes), de principios de la moderna Política criminal (como el de humanidad), justifican el objetivo del CP de superar el sistema rígido de retribución ciega que inspiraba la regulación de las penas accesorias del ACP. Sin embargo, como veremos de inmediato, la posición adoptada por el CP/1995 en este punto no está exenta de contradicciones y de reminiscencias históricas.

Además de los preceptos ya indicados, las penas accesorias se encuentran reguladas en la Secc. 5ª del Cap. I del Tít. II del Lib. I del CP (arts. 54-57), y las podemos dividir a su vez en dos clases:

a) *Penas accesorias por declaración legal*, que son aquellas que vienen impuestas al juzgador por la propia ley penal. Según el **art. 54 CP**, «las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo». Y el **art. 55 CP** dispone que «la pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate».

Por lo tanto, en el ejemplo antes propuesto y teniendo en cuenta que la pena de prisión es igual o superior a 10 años, además de la pena de prisión, se impondrá al reo de homicidio la pena accesoria de inhabilitación absoluta por la duración de la pena de prisión.

El art. 55 CP conserva el criticable automatismo puro de las penas accesorias respecto de la inhabilitación absoluta, que se aplicará, durante el tiempo de la condena, como pena accesoria de la pena de prisión igual

o superior a diez años, salvo que la misma estuviere ya prevista como pena principal para el supuesto de que se trate, como es el caso, por ejemplo, del delito de rebelión (art. 475); del delito contra las Cortes Generales (art. 492); o del delito de sedición (art. 545).

El **art. 56 CP** [redactado según la LO 15/2003] establece con carácter obligatorio, lo cual es también criticable, que «en las penas de prisión de hasta diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas<sup>79</sup> de las siguientes:

- 1ª. Suspensión de empleo o cargo público.
- 2ª. Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- 3ª. Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 579 de este Código».

Entre las inhabilitaciones especiales del art. 56 CP no figura la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, aunque a través del expediente de la inhabilitación especial para cualquier otro derecho se puede salvar esta omisión.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha querido resolver un problema que se planteaba con la redacción originaria del art. 56 CP. El problema consistía en que dicho artículo no había previsto una salvedad similar a la contemplada para la pena accesoria de inhabilitación absoluta en el art. 55 CP, con lo que se planteaba la duda de si a la pena principal de inhabilitación que pudiese estar prevista en la parte especial del CP habría que sumar también la pena accesoria a la de prisión. Bajo la vigencia de la anterior redacción se sostuvo la posibilidad de aplicar analógicamente el régimen

---

79. Antes de la reforma operada por LO 15/2003 solamente se permitía imponer como accesoria «alguna» de las enumeradas en el art. 56. Ahora se dice que se pueden imponer «alguna o algunas», por lo tanto, podrá imponerse como accesorias una o varias de las penas contenidas en el art. 56.

previsto para la inhabilitación absoluta<sup>80</sup>, en el sentido de que si ya se había previsto como pena principal alguna de las previstas en el art. 56 CP no podía imponerse además como accesoria. Sin embargo, a raíz de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, dicha interpretación no resulta ya tan clara. Según el **nuevo apart. 2 del art. 56 CP**, «lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas». Literalmente, a mi juicio, esta disposición conduce a consecuencias absurdas<sup>81</sup>. Por ejemplo: la autoridad o el agente de la misma que en el ejercicio de su cargo cometiere un delito de tráfico ilegal de drogas que puedan producir grave daño a la salud es castigado con la pena de prisión de 9 años y un día a 13 años y 6 meses, multa del tanto al cuádruplo e inhabilitación absoluta de 10 a 20 años (arts. 369.1.1º y 372 CP). Si se le impone una prisión de 10 o más años, según el art. 55 CP no se impondría, además, como pena accesoria la inhabilitación absoluta. Pero, en cambio, si la condena es de menos de 10 años, además de la inhabilitación absoluta prevista en el art. 372 CP, el art. 56.2 CP literalmente obligaría a imponer también una inhabilitación especial para empleo o cargo público durante el tiempo de la condena. No parece lógico que una conducta de menor gravedad (la pena de prisión es menor, aunque el marco penal del hecho es el mismo) tenga prevista una pena privativa de derechos mayor que la de mayor gravedad. A mi juicio es posible, no lo afirmo con rotundidad, que la *voluntas legis* del art. 56.2 CP haya sido establecer una salvedad como la del art. 55 CP, y en vez de decir «sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto...», quiere decir «salvo que la misma ya estuviese prevista como pena principal». Por otro lado, si la *voluntas legislatoris* ha sido la de agravar el régimen de inhabilitación para los condenados por delito de terrorismo, eso ya se ha previsto en los **arts. 579.2 y 56.1.3ª CP**. El art. 579.2 CP [introducido por la LO 7/2000] concre-

80. Véase, por ejemplo, MOLINA BLÁZQUEZ, *Comentarios al Código Penal*, t. III, EDESA, Madrid, 715 s.

81. Así, entre otros, GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios*<sup>3</sup>, 397, quien considera que se puede seguir manteniendo, a nuestro juicio ya no con tanta claridad como él lo hace, que “no sólo no es lícito alterar la duración, sino tampoco la naturaleza de la inhabilitación prevista como principal, vía aplicación de las penas accesorias”.

tamente establece una duración para la inhabilitación absoluta de 6 a 20 años más que la duración de la pena de prisión impuesta, que ya llevaría aparejada una pena accesoria de inhabilitación.

b) *Penas accesorias por declaración judicial*, que pueden consistir en determinadas prohibiciones previstas en el **art. 57 CP** para determinados delitos [*infra* § 16.3.e).ii].

Este artículo ha sido objeto ya de tres reformas llevadas a cabo por las Leyes Orgánicas 11/1999, 14/1999 y 15/2003, pensando fundamentalmente en la violencia en el ámbito familiar. La redacción que actualmente está vigente establece lo siguiente:

1. Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o con-

viviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620.

Las principales novedades que ha introducido la LO 15/2003 en este art. 57 CP son tres.

- En primer lugar, se prescinde de la enumeración expresa de las prohibiciones que se pueden imponer como penas accesorias y se remite a las previstas en el art. 48, a saber: la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, y la prohibición de comunicarse con ellos. El art. 48 CP también ha sido modificado y posibilita que el control del cumplimiento de estas prohibiciones se realice a través de medidas de tipo electrónico, en la misma línea de lo que ya acontecía con la monitorización electrónica del cumplimiento de la pena de prisión en régimen abierto.
- En segundo lugar, se eleva, con carácter general, la duración de estas penas accesorias de los cinco años como máximo de antes, a los diez de ahora para los delitos graves (en los delitos menos graves pueden llegar a los cinco años). Incluso, y de modo paralelo a lo previsto en el artículo 579 para los delitos de terrorismo, estas prohibiciones accesorias se pueden prolongar hasta 10 años más que la duración de la pena principal de prisión que se haya impuesto. En estos supuestos se aclara expresamente que la pena principal y la accesoria se cumplan simultáneamente con la intención de permitir que las prohibiciones rijan también cuando el condenado disfrute de permisos de salida, del régimen abierto o de la libertad condicional.

- Y en tercer lugar, en los casos de que los delitos que se mencionan se comentan dentro del ámbito familiar, que es concebido en términos muy amplios<sup>82</sup>, se ha previsto que la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima o a cualquiera de sus familiares o aquellas otras personas que determine el órgano judicial sea obligatoria. En estos casos, será de aplicación también la posibilidad de prolongar la duración de la misma durante 10 años más, en caso de delitos graves, o entre 1 y 5 para los menos graves, así como el cumplimiento simultáneo con la pena de prisión.

A todo ello hay que sumar la posibilidad contemplada en el **apart. 3 del art. 57 CP**, para las faltas contra las personas de los arts. 617 y 620. Esta disposición apenas experimenta cambios con respecto a la anterior regulación, salvo en lo que respecta a la remisión ahora a lo dispuesto en el art. 48, y en virtud de la misma también se podrán imponer estas prohibiciones por un tiempo máximo que no excederá de seis meses.

### b) Según su contenido

En atención a su **contenido**, las penas que pueden imponerse –a tenor de lo dispuesto en el **art. 32 CP**–, bien con carácter principal o bien como accesorias, son las *privativas de libertad*, las *privativas de otros derechos* y la *multa*. Ya iremos viendo con más detalle en capítulos posteriores el contenido de cada una de estas penas. Por ahora es suficiente con ofrecer un esquema general de esta clasificación.

a) Las **penas privativas de libertad** consisten en la reclusión del condenado en un lugar cerrado (arts. 35-38). A tenor de lo dispuesto en el **art.**

82. Por ejemplo, «sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia» (¿ex-novios/as?), o «sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar» (¿empleada/o del hogar?), incluyéndose también a «las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados». Por lo demás, esta ampliación está en la línea de la producida también con respecto a la circunstancia mixta de parentesco (art. 23), así como en el delito contra la integridad moral (art. 173).

**35 CP**, «son penas privativas de libertad la *prisión*, la *localización permanente* y la *responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa*». Con los términos **pena de prisión** (art. 36) el CP quiere referirse a toda pena que implique privación de libertad continuada, con independencia de su duración, y que consiste en la reclusión en un establecimiento penal en el que permanece privado de su libertad y sometido a un específico régimen de vida. La **localización permanente** (art. 37) es una pena privativa de libertad, prevista solamente para las faltas, pero que, en cambio, puede cumplirse tanto de modo continuo como discontinuo, bien en el domicilio del condenado o bien en otro lugar fijado por el juez. La **responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa** (art. 53) comporta una privación de libertad de un día por cada dos cuotas de multa insatisfechas.

Hay que advertir que antes de la entrada en vigor de la LO 15/2003, el 1 de octubre de 2004, en el CP estaba prevista también otra pena privativa de libertad: la **pena de arresto de fin de semana** (art. 37 anterior redacción). Esta pena, que comentaremos en su momento (*infra* § 10), fue una de las principales novedades introducidas por el CP/1995 en el sistema de penas. Se trata de una pena privativa de libertad pero de ejecución discontinua, que se cumple en un centro penitenciario o en otros lugares, pero no en el domicilio del condenado como la localización permanente.

b) Las **penas privativas de derechos** cabe definirlas de modo negativo como aquellas penas que no supongan la privación de la libertad y que además no impliquen merma alguna del patrimonio del penado (arts. 39-49). Según lo dispuesto en el **art. 39 CP**, son penas privativas de derechos: a) La *inhabilitación absoluta*; b) Las de *inhabilitación especial* para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho; c) La *suspensión de empleo o cargo público*; d) La *privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores*; e) La *privación del derecho a la tenencia y porte de armas*; f) La *privación del derecho a residir* en determinados lugares o *acudir* a ellos; g) La *prohibición de aproximarse a la víctima*, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribu-

nal; h) La *prohibición de comunicarse* con ellos; e i) Los *trabajos en beneficio de la comunidad*.

c) La **pena de multa** está prevista en el CP (arts. 50-53) como única modalidad de pena pecuniaria, si bien se contemplan dos sistemas de cálculo: los días-multa y la multa proporcional. En caso de impago de la multa, se impondrá, según lo dispuesto en el art. 53, una responsabilidad personal subsidiaria, que como hemos dicho antes es calificada como privativa de libertad, aunque hay que advertir que no siempre implica necesariamente una privación de libertad, pues se puede cumplir en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad.

### c) *Según su naturaleza y duración*

En función de su **naturaleza y duración**, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves (**art. 33.1 CP**), clasificación que tiene su correlato en la también tripartita del **art. 13**, que señala que las infracciones pueden ser delitos graves (aquéllos a los que la ley asigna una pena grave), delitos menos graves (los castigados con penas menos graves) y faltas (cuando la ley prevé para la infracción una pena leve), precisando este precepto, en su apartado 4, que cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave.

Tal clasificación tripartita, que procede del Código napoleónico de 1810 que distinguía entre crímenes, delitos y contravenciones, y que fue acogida en nuestro ordenamiento hasta el de 1870, fue suprimida por el CP de 1932. Con el CP/1995 se quiso armonizar, en un principio, el Derecho sustantivo y la distribución competencial de los asuntos (véase la Disp. Final 1ª CP). Sin embargo, como es sabido, pronto dicha distribución tuvo que ser modificada porque suponía una enorme carga de trabajo para las Audiencias Provinciales, y así la Ley 36/1998, de 10 de noviembre, estableció que los Juzgados de lo Penal conociesen de los delitos que tuviesen prevista pena privativa de libertad no superior a cinco años. Aprovechando la reforma de 2003, se podría haber vuelto a la redacción del art. 14 LECr dada por el CP/1995, en virtud de la cual, los Juzgados de lo Penal conocerían de los delitos menos graves, reservando para las Audiencias Provinciales, por tanto, los delitos graves.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha modificado profundamente la clasificación de las penas, que en función de su naturaleza y gravedad ha quedado del siguiente modo, que resumimos en el siguiente cuadro:

<b>Penas</b>	<b>Grave</b>	<b>Menos grave</b>	<b>Leve</b>
<b>Prisión</b>	más de 5 años	3 meses a 5 años	
	<b>Inhabilitación absoluta</b>		
<b>Inhabilitación especial</b>	más de 5 años	hasta 5 años	
<b>Suspensión</b>	más de 5 años	hasta 5 años	
<b>Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores</b>	más de 8 años	1 año y 1 día a 8 años	3 meses a 1 año
<b>Privación del derecho a la tenencia y porte de armas</b>	más de 8 años	1 año y 1 día a 8 años	3 meses a 1 año
<b>Prohibición del d* a residir o acudir a determinados lugares</b>	más de 5 años	6 meses a 5 años	menos de 6 meses
<b>Prohibición de aproximarse a la víctima, sus familiares u otras personas</b>	más de 5 años	6 meses a 5 años	menos de 6 meses
<b>Prohibición de comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas</b>	más de 5 años	6 meses a 5 años	menos de 6 meses
<b>Multa de responsabilidad personal subsidiaria por impago</b>		más de 2 meses	10 días a 2 meses
		<b>Multa proporcional y su RPSIM</b>	
<b>Trabajo en beneficio de la comunidad</b>		31 a 180 días	1 a 30 días
			<b>Localización permanente</b>

## § 6. La pena de muerte

La pena de muerte, también denominada pena capital, al consistir en la privación de la vida, el derecho más elemental y preciado que tiene el ser humano, es la sanción más grave que existe en Derecho penal.

Según el **art. 15 CE**, «queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». Este precepto es el resultado de un largo proceso histórico de carácter transnacional que parece llevar a una progresiva abolición de la pena de muerte. Por eso, antes de analizar el alcance de este precepto constitucional, es preciso exponer brevemente las líneas generales de este proceso evolutivo.

## 1. Historia

Siguiendo a GARCÍA VALDÉS, se pueden distinguir dos grandes fases en la historia de la pena capital<sup>83</sup>. El siglo XVIII trazaría la frontera entre ambas. La razón de esta división obedece no sólo a la disminución de su aplicación a partir de aquel momento histórico, sino a la relativa humanización, si es que se puede hablar así, que experimentó la pena de muerte. La pena de muerte ha tenido en tiempos pretéritos carácter de pena corporal graduable, en el sentido de que su ejecución podía acompañarse de refinados suplicios tras los cuales la muerte no era sino la culminación de la ejecución de esta pena. La ejecución de la pena capital era, en ocasiones, de extraordinaria crudeza: decapitación, crucifixión, ahorcamiento, asfixia por inmersión, despeñamiento, lapidación, descuartizamiento por tiro de caballos, enterramiento en vida, cremación en la hoguera, etc. Sin embargo, a partir del CP francés de 1791 perdió tal carácter para configurarse, simplemente, como la privación de la vida. Para ello el doctor GUILLOTIN, diputado en la Asamblea revolucionaria francesa, ideó una máquina de matar, con la cual pasaría a la historia: la guillotina, que buscaba una muerte rápida e indolora. Por esta misma razón se justificó la introducción del garrote en la España decimonónica (1828).

83. GARCÍA VALDÉS, *No a la pena de muerte*, Edicusa, Madrid, 1975, 15 ss. Véanse también de este autor *La pena de muerte*, Ed. Amnistía Internacional, 1979 [= *Temas de DP* (1992), 9 ss.]; «La abolición de la pena de muerte en España, diez años después», *RJCast-La Mancha* 1989 [= *Temas de DP* (1992), 43 ss.]; «Pena de muerte», *EJB*, 4827 ss.

Más recientemente, véase también, CORRAL LAFUENTE, *Historia de la pena de muerte*, Ed. El País Aguilar, Madrid, 2005.

Hasta las postrimerías del siglo XVIII la pena de muerte se aplicó de forma masiva, tanto por su frecuencia como por el número de figuras delictivas a las que se imponía. El alemán CARPZOVIO, por ejemplo, se jactaba de haber pronunciado más de diez mil condenas capitales y de haber enviado más de un centenar de brujos a la hoguera. Según SUEIRO, en el reinado de Enrique VIII (siglo XVI) fueron ejecutadas en Inglaterra, como vagabundos, 27.000 personas. En el mismo país, según el mismo autor, en el año 1800 todavía se castigaban con la muerte más de doscientos delitos<sup>84</sup>. En España, en virtud de la Pragmática de 23 de febrero de 1734, Felipe V ordenó la pena de muerte para el mayor de 17 años que hurtara en la Corte o en su rastro, sin arbitrio para templar o conmutar esta pena en alguna otra más suave y benigna.

Durante siglos no se puso en tela de juicio ni la justicia ni la utilidad de la pena de muerte. Los filósofos y teólogos que se ocuparon de este problema defendieron su licitud, sirviendo los intereses de la Monarquía absoluta y construyendo argumentos tendentes a justificarla. Quizás el más conocido de todos sea el de SANTO TOMÁS, según el cual la pena de muerte estaría justificada como lo está la amputación del miembro corrupto para la preservación del organismo. De este modo, la eliminación del delincuente serviría para prevenir el contagio de todo el cuerpo social. De esta argumentación también se haría eco en nuestro país el franciscano Alfonso DE CASTRO.

A mediados del siglo XVIII la incidencia del pensamiento iluminista en el campo penal determina que se alcen grandes voces en contra de la pena de muerte. Pero no se trataría aún de un abolicionismo en sentido estricto. Era más bien un movimiento crítico frente a la frecuencia de su aplicación y, sobre todo, de lo cruel de su ejecución. En este sentido cabe mencionar la obra de VOLTAIRE y de BECCARIA [*supra* § 4.4.a).δ)].

A partir de ese momento la pena de muerte experimenta un profundo proceso de retroceso que ha desembocado en su abolición, aunque con frecuencia con la salvedad de leyes militares en tiempo de guerra, en la mayoría de los países de nuestro ámbito cultural. Incluso en países en que se

84. SUEIRO, *La pena de muerte. Ceremonial, historia, procedimientos*, Ed. Alianza, Madrid, 1974, 17 ss. Véanse también del mismo autor, *El arte de matar*, Ed. Alfaguara, Madrid, 1968; *Los verdugos españoles. Historia y actualidad del garrote vil*, Ed. Alfaguara, Madrid, 1971; *La pena de muerte y los derechos humanos*, Ed. Alianza, Madrid, 1987.

mantiene esta pena, que, por cierto, en el conjunto mundial ya son minoría, su aplicación suele ser excepcional o poco frecuente, y se puede decir que muchos que aún la conservan, sin embargo, son *de facto* abolicionistas<sup>85</sup>.

## 2. Argumentos a favor y en contra de la pena de muerte

Independientemente de la situación actual a nivel mundial, lo cierto es que la cuestión de la pena capital nunca está definitivamente zanjada, pues siempre existen determinados sectores que claman, con diversos argumentos, por la reintroducción o el mantenimiento de la misma en el sistema penal. En la actualidad, como en el pasado, sigue existiendo una encendida polémica en torno a la legitimidad de la pena de muerte. Por ello parece oportuno referirse, aunque sea brevemente, a los argumentos que se han esgrimido a favor y en contra de la pena de muerte.

a) En primer lugar, se alega la **existencia inmemorial** de la pena de muerte en la legislación de todos los países. Si es una pena que nace con el Derecho punitivo y con él crece y se desarrolla hasta hoy, no existe motivo alguno para prescindir de ella, pues va indisolublemente unida a aquél. Sin embargo, esta premisa no es aceptable, porque aparte de que la Historia no puede ser argumento para el presente, es un argumento que se vuelve contra quien lo defiende. Por un lado, como ha puesto de relieve BARBERO SANTOS<sup>86</sup>, han existido pueblos, como la China del *Libro de las Cinco Penas* (contrasta con la China actual), que la han rechazado, y por otro, una mirada a la Historia –señalan MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO– avalaría pre-

85. Según Amnistía Internacional, a fecha de 10 de octubre de 2005, el número de países abolicionistas y retencionistas se distribuía de la siguiente forma: Retencionistas (75); Abolicionistas sólo para delitos comunes (11); Abolicionistas de hecho (24); Abolicionistas para todos los delitos (86). A lo largo del año 2004, fueron ejecutadas al menos 3.797 personas en 25 países. Al menos 7.395 fueron condenadas a muerte en 64 países. Estas cifras son sólo mínimas; las cifras reales son, sin duda, mucho más elevadas. Tan sólo en China es posible que hayan sido ejecutadas más de 10.000 personas. Más información en <http://www.es.amnesty.org/temas/pmuerte/>.

86. BARBERO SANTOS, «Aproximación histórica a la pena capital», en *Historia 16*, nº 17 (1977), 29 ss.

cisamente la tesis abolicionista, pues las 16.000 ejecuciones ordenadas por el emperador Claudio, la Pragmática de Felipe V de 1734, ya mencionada, el tormento de Damiens<sup>87</sup> o las ejecuciones del nacional-socialismo alemán, no pueden ser un edificante espejo sobre el que levantar alternativa político-criminal alguna<sup>88</sup>. Además, la tozudez de la Historia pone de manifiesto que la delincuencia no ha podido ser erradicada del mundo por mucho que se aplicase la pena de muerte. En la actualidad la tendencia histórica ha cambiado de signo y apunta, claramente en los países de nuestro entorno cultural, hacia la abolición de la pena de muerte.

b) En segundo lugar, se aduce que la pena de muerte tiene un **bajo coste económico**. En comparación con la pena de prisión, la pena de muerte resulta muy barata. ¿Cuánto cuesta la soga del ahorcado? Incluso en

87. El caso de Robert Damiens, que intentó matar, sin éxito, a Luis XV (rey de Francia), evidencia el cúmulo de horrores que el hombre ha llegado a idear para privar de la vida a sus semejantes. La ejecución de Damiens tuvo lugar el 28 de marzo de 1757, y este es un breve relato de la ejecución (véase FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, Ed. Siglo XXI, 7ª ed., Madrid, 1982, 11 ss.).

Por la mañana fue sometido Damiens al tormento de los borceguíes, consistente en sujetar fuertemente las piernas del reo entre cuatro tablas e introducir cuñas a martillazos de forma que los huesos saltaran por la presión ejercida. Por la tarde, se le condujo a la plaza de las ejecuciones, donde se alzaba el cadalso; fue tendido sobre aquél y sujetado con aros de hierro atornillados a las tablas. Diez verdugos participaban en la ejecución y dos confesores le asistían. En la mano derecha se le colocó el arma que había utilizado contra el rey y a continuación se le quemó con fuego de azufre. Con unas tenazas al rojo se le fue arrancando carne del pecho, los brazos, los muslos y las pantorrillas; sobre las llagas se vertió una mezcla hirviente de plomo, aceite, pez, cera y azufre. Sus miembros fueron atados con tirantes a cuatro caballos para ser descuartizado, durante casi una hora tiraron los caballos sin lograr este fin. El número de corceles se elevó a seis sin lograrse el desprendimiento de los miembros. Entonces, los jueces permitieron que le fueran practicadas al reo unas incisiones en las articulaciones para facilitar el arrancamiento. Con ello se logró el desprendimiento de una pierna y un brazo; en el momento en que un caballo le arrancaba el otro brazo, Damiens expiró. Sus despojos fueron quemados y sus cenizas arrojadas al viento. Todos sus bienes fueron confiscados en beneficio del monarca y la casa en que había nacido fue arrasada hasta los cimientos, sin que sobre el terreno pudiera ser construido en el futuro edificio alguno. El padre, la mujer y la hija de Damiens fueron obligados a abandonar el reino, con la prohibición de volver al mismo bajo pena de muerte.

88. MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, 61.

algunos países, como en China, se obliga al penado o a su familia a pagar la bala que le mata. Sin embargo, frente a este argumento se puede aducir que la vida humana no tiene precio, no se puede cuantificar en dinero. Pero incluso, si se desciende a argumentar desde un punto de vista económico, hay que decir que, salvo que se trate de ejecuciones sumarias, para aplicar la pena de muerte hay que seguir un procedimiento judicial, por lo que al coste de la ejecución habría que sumar también el de la imposición: policía, tribunales, prisiones en las que se espera hasta el momento de la ejecución (a veces durante muchos años), etc. Pero es que incluso, económicamente sería más rentable ponerle a trabajar antes que matarle<sup>89</sup>.

c) En tercer lugar, se pretende convencer de que la pena de muerte es imprescindible para la defensa de la sociedad, pues con ella se puede conseguir la **eliminación de seres antisociales** que ponen en peligro la comunidad. Es el viejo argumento esgrimido por SANTO TOMÁS o ALFONSO DE CASTRO. Según estos teólogos, del mismo modo que el cirujano amputa el brazo para que no se extienda la infección al resto del organismo, así también se debe eliminar al delincuente para evitar que contamine a la sociedad. Por cierto, este argumento contrasta con la actual postura de la Iglesia, que considera la pena de muerte como radicalmente anticristiana<sup>90</sup>. La vida humana es un bien sagrado sobre el que no es lícito disponer al hombre. La justicia humana al imponer la pena capital se atribuye decisiones reservadas a la omnipotencia divina. Si bien es cierto que no puede olvidarse la aprobación concedida a este castigo por la jerarquía eclesíástica en épocas inquisitoriales, cuando la Iglesia se convierte de perseguida en perseguido-

89. Decía VOLTAIRE, por ejemplo, que “un hombre ahorcado no sirve para nada y los suplicios inventados para el bien de la sociedad deben ser útiles para ésta”. “Es evidente –continúa– que veinte ladrones vigorosos, condenados a trabajar en las obras públicas todo el curso de sus vidas son útiles al Estado por sus suplicios, y que su muerte es únicamente útil para el verdugo, que se paga para que mate hombres en público” (*Comentario sobre el libro “De los delitos y de las penas” por un Abogado de provincias*, Cap. 10).

90. Véase, entre otros, lo que opinan LANDECHO y BERISTAIN. Por ejemplo, BERISTAIN IPIÑA, «La sanción capital en España. Especial referencia a la dimensión religiosa cristiana», CPC 1988, 13 ss.; «Nuevo abolicionismo de la sanción capital (victimológica y esperanza-hemenéutica filosófico-teológica)», LH-Rodríguez Mourullo (2005), 113 ss.

ra, tampoco puede dejar de mencionarse hoy el trascendente hecho de que la pena de muerte ha sido abolida en la Ciudad del Vaticano, aunque fuese en fecha tardía (1969).

Volviendo al argumento de SANTO TOMÁS, éste puede ser refutado del siguiente modo: El brazo es un miembro cuyo fin no está en sí mismo, sino en el servicio que presta, y sólo en tanto en cuanto pueda prestarlo, al cuerpo humano como totalidad; en cambio, que la persona humana no sea un fin en sí mismo, que sea un mero medio o instrumento de la Sociedad es una concepción peligrosa que puede justificar, y de hecho ha justificado, las más crueles arbitrariedades. Además, la amputación del miembro sólo está médicamente justificada cuando sea imprescindible para salvar el resto del organismo: si es posible la curación con un procedimiento menos radical, a él estará obligado a acudir el facultativo<sup>91</sup>.

d) En términos muy parecidos a los de Santo Tomás, se razona en favor de la pena de muerte del modo siguiente: si está permitida legalmente la defensa propia o individual, también ha de estarlo, y con mayor razón, la **legítima defensa colectiva**, asumida y llevada a cabo por el Estado a través de la pena de muerte. Sin embargo, equiparar la pena de muerte a la legítima defensa es erróneo, pues la legítima defensa mira al inmediato presente, ya que la agresión debe ser inminente o actual, mientras que la pena mira al pasado y al futuro (retribución y prevención). Adviértase, en cualquier caso, que para que la legítima defensa llegue a justificar matar al atacante tiene que darse la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Parece, pues, que en la situación actual el Estado puede atender a otros medios menos drásticos para prevenir el delito.

e) Pudiera contraargumentarse, en quinto lugar, diciendo que la imposición de una pena privativa de libertad, aunque sea perpetua, siempre conlleva el peligro de evasión del reo y de que pueda volver a delinquir. Desde este **punto de vista preventivo-especial** se aduce que la pena de muerte impide que el sujeto vuelva a cometer un nuevo delito. Sin embargo, las investigaciones criminológicas han demostrado que los delincuentes

91. Véase, GIMBERNAT ORDEIG, «Contra la pena de muerte», *Estudios*<sup>3</sup>, 23.

de sangre indultados presentan el menor índice de reincidencia posterior a la salida del establecimiento penitenciario, y su presunta peligrosidad es notablemente inferior a la de otros condenados a penas no capitales. Por otra parte, el largo período de privación de libertad a que suele someterse a quienes cometen homicidios agravados u otros delitos que llevan aparejada la pena de muerte, de por sí les priva ya de muchas posibilidades de reincidencia. Además, en un Estado democrático la función de prevención especial no sólo debe perseguir, a través del aspecto negativo de la misma, la protección del conjunto de la sociedad, sino que también debe facilitar, a través de su aspecto positivo, la participación del delincuente en la vida social. Ello se opone a aquellas penas que anulan total (como la pena de muerte) o parcialmente (como penas corporales o la lobotomía) la participación social del delincuente.

f) En sexto lugar, frente al argumento de que sólo la pena de muerte es la justa contra quienes han cometido determinados crímenes atroces, y que sólo así se puede compensar el mal causado por tales delitos, hay que responder con el argumento, extraído de la teoría de los fines de la pena, de que, de acuerdo con la moderna concepción de la **retribución**, no es posible ni racional buscar una compensación del mal causado con el delito mediante la aplicación de otro mal al delincuente. Sólo quien mantenga una concepción de la retribución vinculada a la ley del Talión del “ojo por ojo y diente por diente”, podrá considerar necesaria la pena capital para delitos contra la vida. Quien, en cambio, crea suficiente y preferible una cierta proporcionalidad entre los delitos y sus penas, sólo está obligado a castigar los delitos más graves con penas más graves. Pero no existe ningún baremo objetivo que permita decidir que sólo la pena de muerte posee la suficiente gravedad para ciertos delitos. La gravedad de una pena depende de la valoración social de cada momento, y hoy parece suficientemente grave para los delitos más graves una larga privación de libertad<sup>92</sup>.

g) En séptimo lugar, se afirma que la pena capital sirve para **evitar actos de justicia popular**, esto es, que el pueblo se tome la justicia por su mano.

92. MIR PUIG, *PG*, L. 28/67.

Sin embargo, esto es falso, porque, como ha puesto de relieve BARBERO SANTOS, precisamente el mayor número de linchamientos en los Estados Unidos ha tenido lugar en los Estados sudistas que mantenían la pena de muerte.

h) En octavo lugar, desde un **punto de vista preventivo general**, se dice también que la *ejemplaridad del máximo castigo* sirve para evitar nuevos delitos. Sin embargo, este argumento debe ser puesto en entredicho, como lo demuestran las estadísticas inglesas del siglo pasado que revelaban cómo la inmensa mayoría de los sentenciados a muerte eran personas que con anterioridad habían asistido a una ejecución capital. AUBRY hablaba en 1896 de que la presencia popular ante el cadalso era un claro factor criminógeno. En España, desde 1900 con la Ley Pulido se ha renunciado a la ejemplaridad de la ejecución pública. ¿Qué puede haber de ejemplar en matar a otra persona? El mejor medio de enseñar el respeto a la vida humana, consiste en negarse a suprimir la vida en nombre de la ley.

Desde un punto de vista preventivo-general también se ha dicho que la pena de muerte es imprescindible, porque es la única verdaderamente temida por los delincuentes. Su *eficacia intimidativa* es muy elevada. Los antiabolicionistas no han podido ser convencidos por la ilegitimidad e inhumanidad de la pena de muerte, sino sencillamente por la inutilidad de la misma. Existen estudios empíricos contrastados en los que se demuestra que allí donde la pena de muerte se aplica, la delincuencia castigada con ella no disminuye con respecto a otros lugares en donde no se aplica. Pero es más, allí donde se ha abolido, la delincuencia antes castigada con la pena capital no ha aumentado. Ello significa que la eficacia intimidante de la pena de muerte es muy escasa. Incluso hay que señalar que en algún tipo de delincuentes es nula o hasta contraproducente. Por ejemplo, los sicarios y delincuentes profesionales la ven como un riesgo más de su profesión; y en delincuentes fanáticos, la pena de muerte hasta puede comportar un «efecto glorificador o de martirio», como suprema inmolación por los ideales defendidos. No hay mayor orgullo para este tipo de delincuentes que dar su vida por la ideología o la religión en la que creen.

i) Por si todo ello no fuera suficiente, resta todavía un argumento, a mi juicio fundamental, para rechazar tajantemente la pena de muerte. El argumento de la **irreparabilidad** del castigo en caso de error judicial debería

ser argumento ya decisivo de por sí para el rechazo de la pena de muerte. Empezando por JESUCRISTO, siguiendo por JUANA DE ARCO, o por citar casos más recientes, el caso SACCO y VANZETTI (1927) o el también cinematográfico<sup>93</sup> de los «CUATRO DE GILDFORD» (1989), que aunque no fuesen condenados a la pena de muerte, fueron víctimas de errores judiciales.

### 3. La pena de muerte en España

La pena de muerte ha existido en nuestro ordenamiento hasta la promulgación de la Constitución de 1978<sup>94</sup>, salvo durante un breve intervalo de vigencia del CP/1932<sup>95</sup>. El **art. 15 CE** dispone que: «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra»<sup>96</sup>. Así, en el CP Militar de 1985 estaba prevista la posibilidad de la pena de muerte para tiempos de guerra para casos de extrema gravedad<sup>97</sup>. Sin embargo, el último paso abolicionista en nuestro

93. Sobre el tratamiento de la pena de muerte en el cine, véase, entre otros, RIVAYA GARCÍA (coord.), *Cine y pena de muerte*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

94. Sobre la evolución histórica en España, véanse, entre otros, ÁLVAREZ, C.: «Sobre la abolición de la pena de muerte», RGLJ 46 (1872), 257; ÁLVAREZ GARCÍA, «La pena de muerte en el primer tercio del siglo XIX español», RGLJ 252 (1982), 55 ss.; BARBERO SANTOS, «La pena de muerte en España: historia de su abolición», en *Doctrina Penal* 1980, 207 ss.; GÓMEZ DE LA SERNA, P.: «Sobre la ejecución de la pena de muerte», RGLJ 24 (1864), 5 ss.; «Sobre la pena de muerte por delitos políticos», RGLJ 34 (1869), 97 ss.; MACÍAS Y ORTIZ DE ZÚÑIGA, L.: «Sobre la pena de muerte», RGLJ 39 (1871), 5 ss.; PERNIA, N.: «De la pena de muerte», RGLJ 25 (1864), 275 ss.

95. Véase al respecto, entre otros, ALEJANDRE, «De la abolición al restablecimiento de la pena de muerte durante la República (1932-1934)», RFDUCM 62 (1981), 7 ss.

96. Sobre este precepto constitucional, véase, entre otros, BARBERO SANTOS, «La pena de muerte en la Constitución», *Sistema* 42 (1981), 31 ss.; HIGUERA GUIMERÁ, *La previsión constitucional de la pena de muerte. Comentario al artículo 15, segundo inciso, de la Constitución Española de 1978*, Ed. Bosch, Barcelona, 1980; LANDROVE DÍAZ, «La abolición de la pena de muerte en España», ADPCP 1981, 17 ss.; MARTÍN RETORTILLO, L.: «La excepción a la abolición de la pena de muerte: la previsión “para los tiempos de guerra”», REDC nº 3 (1981), 321 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», CLP t. I (1982), 61 ss.; SERRANO TÁRRAGA, *La pena capital en el sistema español*, Ed. UNED, Madrid, 1992

97. Los comentarios a que dio lugar esta legislación fueron en su mayoría muy críticos. Véanse, entre otros, BERISTAIN IPIÑA, «Contra la sanción capital en la legislación mi-

país se abordó con la promulgación de la LO 11/1995, de 27 de noviembre, de Abolición de la Pena de Muerte en Tiempo de Guerra. Así pues, desde 1995 España se ha sumado a los países que han abolido la pena de muerte totalmente, tanto para los delitos comunes, como para los militares.

De todas formas la previsión constitucional no impediría que en el futuro pudiese volver a reintroducirse en «leyes penales militares para tiempos de guerra». Para evitar esta posibilidad, lo razonable sería modificar la Constitución y eliminar dicha salvedad. Hasta que ello no ocurra, habrá que examinar el alcance de esta disposición constitucional. Además, hay que señalar que la Constitución incurre, en este punto, en una grave contradicción, pues no se entiende que haya hecho esta salvedad, máxime después de haber prohibido, en el mismo **art. 15 CE**, las penas y tratos inhumanos y degradantes. En atención a todos los argumentos esgrimidos antes, cabe concluir con TORÍO LÓPEZ, que la pena de muerte se revela como la forma suprema de la inhumanidad<sup>98</sup>.

Dada, por tanto, la radical ilegitimidad de la pena de muerte, parece que no cabe otro remedio que interpretar restrictivamente el tenor literal con que está redactada la Constitución en este punto. Así, en cuanto al instrumento por medio del cual se habilita al legislador para una hipotética introducción de la pena de muerte, es decir, en cuanto al concepto de «leyes penales militares», debe entenderse que no comprende cualquier disposición jurídica emanada de la autoridad militar, como puedan ser, por ejemplo, los bandos militares, sino únicamente aquellas disposiciones jurídicas que sean elaboradas, aprobadas y promulgadas de acuerdo con la totalidad de las garantías y principios limitadores que rigen para cualquier ley penal, en particular, deberá tratarse de una Ley Orgánica. En cuanto al carácter «militar» que deberá reunir la «ley penal», habrá que entender, de acuerdo con un criterio mixto restrictivo o acumulativo, que sólo será militar aquella ley que castigue comportamientos lesivos para los intereses

---

litar», *Eguzkilore* nº 1 (1987), 51 ss.; GARCÍA RIVAS, «La reinstauración de la pena de muerte en el Código penal militar», LH-Jiménez de Asúa (1986), 347 ss.

98. TORÍO LÓPEZ, «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes», PJ nº 4 (1986), 69 ss. Véase también de este autor, «La pena de muerte: problemática histórica y contemporánea», en *Estudios de Deusto* nº 38/2 (1990), 571 ss.

de las Fuerzas Armadas y además sean realizados por sujetos que tengan la condición de militar.

Y en cuanto a la exigencia de que sólo se pueda aplicar «en tiempos de guerra», habrá que entender, también en el mayor sentido restrictivo posible, que no bastaría con la existencia efectiva de una confrontación bélica, sino que será preciso que se haya producido una declaración formal de la guerra, en el modo establecido en el art. 63.3 CE: declaración formal por el Rey previa autorización de las Cortes Generales.



### CAPÍTULO III

## Las penas privativas de libertad

### § 7. Las penas privativas de libertad

#### 1. Consideraciones generales

Con carácter general se puede decir que la pena privativa de libertad consiste en la reclusión del condenado en un lugar determinado en el que permanece privado, en mayor o menor medida, de su libertad y sometido a un específico régimen de vida.

El **art. 35 CP** (según la redacción dada por la LO 15/2003) dispone que hay tres penas privativas de libertad: «son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa». Son tres penas distintas y no diversas especies del mismo género. Como veremos más adelante, al examinar cada una de ellas por separado, las tres tienen fundamentos diversos y cumplen también funciones distintas, si bien no se puede olvidar que, en definitiva, todas ellas comportan la privación de la libertad ambulatoria del penado.

En la redacción originaria del art. 35 CP se mencionaba también entre las penas privativas de libertad a la pena de arresto de fin de semana<sup>99</sup>. Sin

99. Sobre la redacción originaria, véase, por todos, LORENZO SALGADO, «Las penas privativas de libertad en el nuevo Código Penal español», EPC t. XX (1997), 149 ss. (=CDJ 1996, t. XXIV, 11 ss.).

embargo, la LO 15/2003 ha suprimido, ya veremos en qué términos, la pena de arresto de fin de semana, y su vacío se ha cubierto, entre otras penas, por la novedosa «localización permanente». Las otras dos penas privativas de libertad, la prisión y la responsabilidad personal subsidiaria, ya estaban previstas en la redacción originaria del CP/1995 y también se conocían, aunque con otros nombres, en el ACP. Por tanto, de entre estas tres penas, la más moderna es la de localización permanente, aunque como veremos en su momento también se pueden observar algunos antecedentes de la misma en nuestro ordenamiento jurídico.

## 2. Evolución histórica

En la actualidad, resulta frecuente que el ciudadano medio piense que la comisión de un delito va a suponer el ingreso en la cárcel del delincuente, y puede que también piense que esto siempre ha sido así. Sin embargo, se puede decir, en ambos casos, que nada más lejos de la realidad. No todos los delitos están castigados con penas privativas de libertad, ni todos a los que se les impone una pena privativa de libertad ingresan en prisión. Incluso, lo cual puede resultar más sorprendente para ese ciudadano corriente, hay que señalar, ya desde este momento, que la pena privativa de libertad es más bien una creación bastante reciente en la historia del Derecho penal, y por otra parte, bien pudiera suceder que dejase de ser en el futuro la principal pena sobre la que se asienta el sistema punitivo español. De todas formas, este segundo aspecto, hoy por hoy, parece que no estaría próximo<sup>100</sup>.

La privación de libertad como sanción penal, como hemos dicho, pertenece a una etapa muy avanzada de la Historia del Derecho penal. Se puede decir que hasta el siglo XVIII el Derecho penal recurrió, fundamentalmente, a la pena capital, a las corporales y a las infamantes.

Es cierto que siempre han existido lugares donde retener a la persona acusada o culpable de haber cometido un delito. Sin embargo, lo que

100. Sobre ello, entre otros, CUELLO CALÓN, «¿Debe suprimirse la pena de prisión?», ADPCP 1952, 417 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La prisión: Historia, crisis, perspectivas de futuro», en Beristain Ipiña (ed.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, Ed. Instituto Vasco de Criminología, Madrid, 1984, 139 ss.

ha variado a lo largo del tiempo ha sido la concepción de esta forma de castigar.

Durante la mayor parte de la Historia, la prisión se ha utilizado, fundamentalmente, para guardar delincuentes y no como un medio represivo en sí. Ello ha sido el resultado de la concepción que sobre el delito y el delincuente se tenía en aquellas épocas: el hecho sancionable era un mal y el culpable un *perversus homo*, no susceptible de enmienda, sino de un castigo rápido y ejemplar. Por tanto, ese antiguo Derecho exigía la presencia del acusado ante la comunidad para hacer posible la aplicación de aquellas sanciones (capital y corporales, principalmente) y de ahí que la custodia o guarda del reo se utilizase hasta que llegase el momento de la ejecución de otras penas.

Sólo a partir de la **segunda mitad del siglo XVI** cabe entender que tomaría carta de naturaleza la pena privativa de libertad en el sentido moderno que tiene esta institución, es decir, en el sentido de que a través de la privación de libertad, a la vez que se castiga al infractor, se le puede inculcar a ser una persona respetuosa con la ley. En las prisiones griegas y romanas y también en las lúgubres mazmorras medievales, la mayoría de los presos encarcelados en ellas eran presuntos culpables o presos bajo sospecha a la espera de un juicio, que solamente estaban encerrados ahí como medida temporal de aseguramiento o como medio coercitivo para el cumplimiento de otra sanción, pero no para ser castigados específicamente a través de la privación de la libertad de movimientos. Con particular claridad lo expresó ULPIANO en el Derecho Romano (D. 48, 19, 9), repetido por las Partidas (P. 7, 31, 4), de que la cárcel no es para el castigo sino *ad continendos homines*; «la carcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella, fasta que sean juzgados».

Cabe aventurar diversas **hipótesis para explicar el tardío carácter de la implantación** de la pena de prisión<sup>101</sup>. Por un lado, la libertad física no tuvo hasta los tiempos modernos la importancia y el significado que hoy posee, pues grandes masas de la población carecían de la misma: los *esclavos y los siervos de la gleba*. Por otro lado, el Derecho penal ha sido pre-

101. Seguimos en este punto la exposición realizada por GARCÍA VALDÉS, «Historia de la prisión», *Cuadernos para el Diálogo* 1974, 7 ss. [=Temas de DP (1992), 87 ss.]; «El

dominantemente de *carácter privado* hasta la aparición del Estado moderno. Desde este punto de vista, el control penal de los esclavos y de los siervos correspondía a su señor, a quien era comprensible que no le interesase privarles de libertad, y por tanto, de su trabajo. Y en cuanto a los hombres libres, era también lógico que la venganza privada prefiriese penas que o bien compensasen económicamente el perjuicio sufrido (la llamada *compositio*), o, en otro caso, supusiesen una satisfacción inmediata del instinto de venganza (pena de muerte o penas corporales). Además, tampoco existía la *organización necesaria* para mantener un sistema de prisiones.

Las **razones que explican el cambio** de la prisión como custodia a la prisión como pena han sido muchas, pero podríamos destacar tres: en primer lugar, una razón de *política criminal*; en segundo término, una *penológica*, y en tercer lugar, una esencialmente *económica*.

- a) Las largas guerras, la miseria, la extensión de los núcleos urbanos y la crisis de las formas feudales de vida y de la economía agrícola ocasionaron un enorme aumento de la criminalidad. Se había perdido la seguridad y había que vérselas con verdaderos ejércitos de vagabundos, mendigos y criminales que erraban en manadas por los caminos y se deslizaban en las ciudades. Acciones periódicas de limpieza los expulsaban, los azotaban, los marcaban a fuego, los desorejaban. Pero, como en algún sitio tenían que estar, iban de una ciudad a otra. Eran demasiados para ahorcarlos a todos.

---

nacimiento de la pena privativa de libertad», CPC 1 (1977), 23 ss. [=Temas de DP (1992), 49 ss.].

Existen otras muchas versiones que pretenden explicar el nacimiento de la pena privativa de libertad. De entre todas, destacamos las de FOUCAULT, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, 12ª ed., Ed. Siglo XXI, Madrid, 2000, quien ve necesidades disciplinarias del cuerpo y del alma en el origen de esta institución; y las de MELOSSI/PAVARINI, *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Ed. Siglo XXI, Madrid/México, 1980, quienes ven una conexión indudable entre el modo de producción capitalista y el nacimiento de la cárcel.

Véase también, BURILLO ALBACETE, *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, EDERSA, Madrid, 1999; GARCÍA VALDÉS, C. (dir.): *Historia de la prisión: teorías economicistas, crítica*, Ed. Edisofer, Madrid, 1997; MARTÍNEZ GALINDO, *Galerianas, corregendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*, Edisofer, Madrid, 2002; ROLDÁN BARBERO, *Historia de la prisión en España*, Ed. PPU, Barcelona, 1988.

- b) Por otra parte, penológicamente la pena de muerte se encuentra desprestigiada. El arco de la pena de muerte estaba excesivamente tenso, como dijo VON HENTIG. Ésta no había contenido el aumento de los delitos ni la agravación de las tensiones sociales, ni tampoco había garantizado la seguridad de las clases altas. La picota fracasaba frecuentemente tratándose de delitos leves o de casos dignos de gracia, porque la publicidad de la ejecución daba más lugar a la compasión y a la simpatía que al horror. El destierro de las ciudades y las penas corporales habían contribuido al desarrollo de un bandidaje sumamente peligroso. La pena privativa de libertad fue el nuevo gran invento social, intimidando siempre, corrigiendo a menudo, que debía hacer retroceder al delito encerrándolo entre muros. La pena privativa de libertad supuso el fin de la pena de muerte, porque era un método mejor y más eficaz para controlar la delincuencia. Aunque hoy en día suponga una paradoja, la generalización de la pena de prisión supuso una gran humanización en el sistema de penas, antes representado, sobre todo, por las penas capital y corporales.
- c) Y en tercer lugar, existe todavía una razón de tipo económico: el surgimiento de grandes ciudades, el crecimiento del sistema financiero, las nuevas rutas comerciales de Asia y América, condujeron a finales del siglo XVI a una constante extensión de los mercados. Ello determinó una creciente necesidad de mano de obra que, no obstante, venía dificultada por el escaso crecimiento demográfico.

Por estas razones se comprenderá la aparición y proliferación de las llamadas «casas de corrección», de las penas de galeras, de deportación a colonias de ultramar y de trabajos forzados. Son distintas vías por las cuales se pretende aprovechar la fuerza de trabajo representada por los delincuentes y también por mendigos, prostitutas, etc.

En 1552 se funda la primera casa de corrección en Londres: la *House of Correction* de Bridewell, que se imita pronto en otras ciudades de Inglaterra, y luego en Holanda. En Amsterdam sucesivamente aparecen la casa de corrección para hombres (*Rasphuis* = casa del raspado) en 1596, la de mujeres en 1597 (*Spinhuis* = casa de hilar), y una sección especial y secreta para jóvenes en 1603. En la casa del raspado la ocupación de los detenidos

era el raspado de madera de ciertas especies empleadas como colorante de paños, de ahí el nombre del establecimiento. Y en la casa de hilar la ocupación era la hilandería. En cuanto a la de los jóvenes, su función se agotaba en trabajos duros y la retención de los muchachos rebeldes o peligrosos.

El trabajo en los establecimientos presentaba un doble fundamento: el influjo luterano de la adversión a la limosna y la necesidad de la labor humana y la ética calvinista de que el objetivo de la actividad laboral no es la obtención del lucro ni las satisfacciones materiales, sino la fatiga y el sufrimiento. De otro lado, la disciplina era tremenda: azotes, latigazos, cadenas, cepos, collares, ayunos, y en especial, la celda de agua, donde el que era allí enviado se veía en la necesidad imperiosa de trabajar achicando continuamente el agua que invadía ininterrumpidamente la celda, si quería salvar su vida.

Tanto las casas de corrección como las galeras, de especial importancia en España, y las demás formas de trabajos forzados, se hallaban lejos de obedecer a un intento de suavizar la dureza del sistema penal de la muerte y las penas corporales. Su sentido era bien distinto del que motivó la difusión de la pena de privación de libertad en el siglo XIX.

Si algo criticaron con ahínco los grandes pensadores del Iluminismo, además de la arbitrariedad del Derecho penal del *Ancien Régime*, fue la crueldad de sus penas. Ésta sería, sin duda, la característica más importante del período que habría de venir, se atacó el exceso de crueldad de aquellas penas del "Derecho del terror". Aquellas penas se presentaron como contrarias a la dignidad del hombre, que se erigió en centro del pensamiento liberal, y se propuso su sustitución por la pena de prisión. La pena de prisión, aunque hoy pueda resultar paradójico, supuso un rasgo de humanización del Derecho penal frente a la dureza de las penas del Derecho penal del Antiguo Régimen. El pensamiento ilustrado vino a descubrir la privación de libertad como una forma de pena racional en sí misma, y no sólo por razones económicas como sucedió en el período inmediatamente anterior con las casas de corrección, la deportación o las galeras. Y lo que es más importante, la prisión era una pena ajustada a las necesidades de un sistema penal más humano y basado en la proporcionalidad entre el delito y la pena: la privación de libertad, al ser graduable, puede imponerse con duraciones diversas según la gravedad del delito. Todo ello llevó a erigir los sistemas penales liberales de los siglos XVIII y XIX sobre la base de la

pena privativa de libertad, y en gran medida los sistemas penales modernos todavía responden a este modelo.

La evolución que experimentaría posteriormente la pena de prisión con el nacimiento de los sistemas penitenciarios filadélfico, auburiano y progresivo, puesto que se refiere a la ejecución de la pena de prisión, será explicada en un capítulo posterior específicamente dedicado a ello (*infra* § 32.2).

## § 8. El problema de la prisión perpetua

1. La naturaleza de la pena de prisión implica que el tiempo de cumplimiento coincide con el tiempo real. Los días de privación de libertad son días completos, por lo que ya desde muy pronto se planteó la conveniencia de limitar los tiempos máximos y mínimos de cumplimiento de esta pena.

En cuanto al límite máximo hay que señalar que al ir sustituyéndose la pena de muerte y las penas corporales por la pena de prisión, en los casos más graves, lo que se hizo fue sustituirla por la cadena o prisión perpetua, esto es, por la privación de libertad del resto de vida del condenado<sup>102</sup>.

A mi juicio, con la prisión perpetua sucede algo parecido a lo que ya hemos visto con respecto a la pena de muerte. Muchas veces se pretende acudir a la misma para castigar ejemplarmente actos criminales muy graves, como pudieran ser, por ejemplo, los atentados terroristas.

En nuestro país la «cadena perpetua» existió en los Códigos de 1822, 1848, 1850 y 1870, con ese mismo nombre o con los de «trabajos perpetuos» o «reclusión perpetua». En los Códigos de 1928 y 1944 no existió tal pena, pero sí la de muerte. Sólo en el CP/1932 se suprimió la pena de muerte, y la pena máxima privativa de libertad era de treinta años. El CP/1995 no la ha previsto.

La pena de prisión perpetua existe en la actualidad en el Reino Unido, Francia, Alemania e Italia, por citar sólo países de nuestro entorno.

102. Por todos, véase VIADER VIVES, «La condena perpetua. Antecedentes penales, administración de Justicia y convivencia», LH-Pérez Vitoria (1983), t. II, 1051 ss.

Especialmente significativo es el caso de Alemania, cuyo TC la declaró constitucional en 1977. Ahora bien, lo hizo sobre el presupuesto de que el condenado debe conservar la esperanza de ser liberado, aunque sólo sea después de muchos años. El TC ha utilizado tal condición como base de su resolución y ha establecido la exigencia de que los requisitos bajo los que resulta admisible la suspensión de la pena de prisión perpetua, al igual que el procedimiento aplicable, se deben regular por ley. Por eso, en 1981 se introdujo en el StGB el § 57a sobre suspensión de la pena privativa de libertad. Al igual que para la suspensión del resto de la pena en la pena de prisión temporal, debe haber un pronóstico social favorable y el condenado ha de consentir en ella. En el caso de la prisión perpetua, para obtener la suspensión el tiempo mínimo de cumplimiento es de quince años, sin perjuicio de la aplicación del indulto.

Ese presupuesto del que partió el TC alemán puede ser, a mi juicio, un argumento que permitiese superar el obstáculo que supondría el art. 25.2 CE para el establecimiento de la cadena perpetua en nuestro país<sup>103</sup>. Según esta disposición, las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad deberán estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social. Si la prisión perpetua fuese absoluta, sin posibilidad alguna de remisión, creo que ello conculcaría el art. 25.2 CE. Sin embargo, desde mi punto de vista, creo que esto no significa que la cadena perpetua fuese constitucional. Es posible que la cadena perpetua vulnere lo dispuesto en el art. 15 CE que prohíbe las penas y tratos inhumanos y degradantes, porque está demostrado que las penas superiores a quince años de prisión producen graves daños en la personalidad del recluso. Y si no se considerase pena o trato inhumano y degradante, creo que podría alegarse también una posible vulneración del principio de proporcionalidad, que en su vertiente negativa prohíbe el exceso. Tal y como ha señalado en numerosas ocasiones nuestro TC, procede la anulación de una norma en virtud de la vulneración del principio de proporcionalidad (por cierto, así lo hizo para el delito de colaboración con banda armada en el caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna: STC 136/1999, de 20 de julio), cuando resulte evidente la manifiesta suficiencia

103. RODRÍGUEZ RAMOS, «Constitucionalidad de la prisión perpetua», Diario *El País*, 17 noviembre 2000.

de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador. Creo que la prisión perpetua supondría un derroche inútil de coacción.

Hoy en día, tras la reforma sufrida el CP por LO 7/2003, la pena de prisión puede imponerse con una duración que puede llegar hasta los cuarenta años, lo que puede considerarse una sanción de una gravedad extrema. Se puede decir que es casi una prisión perpetua, con un régimen incluso más severo que el de aquellos países en los que se ha previsto (recordemos la regulación alemana).

Por estas, y otras razones comunes con la abolición de la pena de muerte, me pronuncio en contra de la pena de prisión perpetua.

2. A pesar de todo lo dicho hay que señalar que la prisión perpetua está vigente en nuestro ordenamiento jurídico<sup>104</sup>. Y no me refiero ahora a esos supuestos en los que la prisión puede llegar hasta los cuarenta años, equiparándose casi a una prisión perpetua. Me estoy refiriendo a la LO 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Por aplicación de lo dispuesto en el art. 96 CE y el art. 1.5 CC, se trata de una norma que ha pasado a formar parte de nuestro ordenamiento interno. El **art. 77 Estatuto** establece el catálogo de penas, y entre ellas contempla el comiso, la multa, la reclusión no superior a 30 años, y en lo que ahora nos interesa, la reclusión a perpetuidad.

Quizás intentando evitar las consecuencias de una posible vulneración de nuestra Constitución, el legislador español, de un modo lastimoso, ha hecho una declaración en la **DA única de la LO 6/2000**, en el sentido de que el Estado español «estará dispuesto a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la Legislación española».

Sin embargo, esta declaración no resuelve nada. En primer lugar, porque el propio Estatuto no admite reservas a su contenido (art. 120 Estatu-

104. Véase, entre otros, ESPINA RAMOS, «La prisión perpetua en la España actual», AP 2002, 217 ss.; «El ordenamiento jurídico español y la Corte Penal Internacional», LL 2004-2, 1565 ss.

to), por lo que la salvedad anterior no puede afectar a la existencia misma de la pena de reclusión perpetua. Y en segundo lugar, la condición sólo se refiere a la aceptación por parte de España de condenados por la Corte para que puedan cumplir las penas de prisión que se les impongan en nuestro territorio. Es decir, parece como si al Estado español no le preocupase que por aplicación de normas propias, como son las del Estatuto desde que se ha incorporado a nuestro ordenamiento, se pueda imponer una pena a cadena perpetua, con tal, eso sí, de que no la cumpla en un Centro Penitenciario español. Ojos que no ven, corazón que no siente.

Se plantea entonces la cuestión de si el Estatuto contiene disposiciones contrarias a la CE y de si ha sido ratificado indebidamente sin proceder a la preceptiva reforma constitucional a que se refiere el art. 95 CE. Es una cuestión discutible, pero quizás si en algún momento llegase a plantearse ante el TC español, hay que tener en cuenta que el Estatuto de Roma prevé también la revisión de la reclusión perpetua a los 25 años de su inicio, para determinar si resulta procedente una reducción de la misma (art. 110.3). Creo que esta disposición podría conducir al TC español, como en su día sucedió con el alemán, a declarar constitucional la prisión perpetua. Téngase en cuenta que en virtud de esta disposición es posible que un condenado por aplicación del Estatuto de Roma a cadena perpetua salga antes de la cárcel que un condenado por varios asesinatos, en virtud de lo dispuesto en el art. 78 CP.

## § 9. La pena de prisión

### 1. Introducción

De las penas privativas de libertad [prisión, localización permanente (antes también el arresto de fin de semana) y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa], la pena de prisión es la más importante, pues es la más frecuentemente impuesta por la ley y además es la que alcanza mayor intensidad.

El CP/1995 suprime la tradicional distinción entre arrestos, prisiones y reclusiones, estableciéndose una pena única de prisión. Estas penas tenían una nomenclatura distinta según su duración. Así, el arresto menor duraba de 1 día a un mes; el arresto mayor de 1 mes y 1 día a 6 meses; la prisión menor de 6 meses y 1 día a 6 años; la prisión mayor de 6 años y 1 día a 12 años; la reclusión menor de 12 años y 1 día a 20 años; y la reclusión mayor de 20 años y 1 día a 30 años.

Ahora el sistema se simplifica: sólo hay una pena de prisión y cada delito tiene señalada numéricamente la extensión de pena que se le asigna. Esto comporta, según BOLDOVA PASAMAR<sup>105</sup>, dos ventajas fundamentales:

- a) La flexibilidad, porque la variedad de marcos penales que se pueden asignar es mucho mayor, y no las seis posibilidades de antaño.
- b) La sencillez para cualquiera en la identificación de la consecuencia jurídica aplicable a cada delito. Por ejemplo, la pena del asesinato en el ACP era de reclusión mayor en su grado máximo (art. 406), ahora es la de prisión de 15 a 20 años.

Para evitar duplicidad de sistemas en la legislación penal española entre el CP/1995 y las leyes penales especiales y procesales, que seguían el sistema anterior, la **Disp. Transitoria 11ª CP** prevé la sustitución del anterior elenco de penas privativas de libertad, señalando para cada una de ellas una extensión determinada<sup>106</sup>.

105. BOLDOVA PASAMAR, en *Lecciones*<sup>3</sup>, 54.

106. **DT 11ª CP**: 1. Cuando se hayan de aplicar Leyes penales especiales o procesales por la jurisdicción ordinaria, se entenderán sustituidas:

- a) La pena de reclusión mayor, por la de prisión de quince a veinte años, con la cláusula de elevación de la misma a la pena de prisión de veinte a veinticinco años cuando concurren en el hecho dos o más circunstancias agravantes.
- b) La pena de reclusión menor, por la de prisión de ocho a quince años.
- c) La pena de prisión mayor, por la de prisión de tres a ocho años.
- d) La pena de prisión menor, por la prisión de seis meses a tres años.
- e) La pena de arresto mayor, por la de arresto de siete a quince fines de semana.
- f) La pena de multa impuesta en cuantía superior a cien mil pesetas señalada para hechos castigados como delito, por la de multa de tres a diez meses.
- g) La pena de multa impuesta en cuantía superior a cien mil pesetas señalada para hechos castigados como delito, por la de multa de tres a diez meses.

Llama la atención, quizás debido a un olvido, que la LO 15/2003, que ha suprimido del CP la pena de arresto de fin de semana, sin embargo, no haya modificado esta Disposición Transitoria, por lo que se puede decir que el arresto de fin de semana subsiste en la legislación penal especial.

## 2. Contenido

La pena de prisión puede definirse como la pena privativa de libertad de ejecución continuada, que se cumple, por regla general en un establecimiento penitenciario y bajo un determinado régimen de vida.

La pena de prisión consiste principalmente en la privación de la libertad ambulatoria, pero, como ha puesto de relieve BUENO ARÚS<sup>107</sup>, no sería realista limitar el contenido de esta pena a la libertad de movimientos, ya que hay otras libertades fundamentales que pueden ser anuladas o limitadas al condenado a la pena de prisión (como la libertad de expresión, de reunión y manifestación, de asociación y sindicación, la libertad sexual, además de otros derechos civiles, económicos y familiares), si bien, por su propia naturaleza, habrá que entender que estas otras privaciones forman parte del contenido natural de la misma. Sin embargo, ello no quiere decir que el condenado a una pena de prisión deje de ser ciudadano de un Estado a todos los efectos, y el **art. 25 CE** lo proclama solemnemente: «el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean

- 
- h) La pena de multa impuesta para hechos delictivos en cuantía proporcional al lucro obtenido o al perjuicio causado seguirá aplicándose proporcionalmente.
  - i) La pena de arresto menor, por la de arresto de uno a seis fines de semana.
  - j) La pena de multa establecida para hechos definidos como falta, por la multa de uno a sesenta días.
  - k) Las penas privativas de derechos se impondrán en los términos y por los plazos fijados en este Código.
  - l) Cualquier otra pena de las suprimidas en este Código, por la pena o medida de seguridad que el Juez o Tribunal estime más análoga y de igual o menor gravedad. De no existir o de ser todas más graves, dejará de imponerse.
2. En caso de duda, será oído el reo.

107. BUENO ARÚS, «La dimensión jurídica de la pena de prisión», ADPCP 1987, 15 ss. (18).

expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». Es más, al recluso se le reconoce expresamente que «en todo caso tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad». Este mismo precepto constitucional establece también que «las penas privativas de libertad... estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados».

Particularmente ello es importante para la pena de prisión, pero no tanto para la responsabilidad personal subsidiaria ni para la localización permanente. En la responsabilidad personal subsidiaria, por su escasa duración, y en la localización permanente, que además ni siquiera tiene por qué cumplirse en un centro penitenciario, la privación de libertad se limitará a cumplir sencillamente unos fines de mera retención y custodia. En el antiguo arresto de fin de semana, dada su ejecución discontinua y en régimen de aislamiento, la privación de libertad tampoco podría cumplir un fin resocializador, sino que debía contentarse tan solo con la no desocialización del penado. Incluso con respecto a la pena de prisión es posible poner en tela de juicio que pueda cumplir ese fin constitucional de la reinserción y reeducación, por cuanto en la actualidad puede tener una duración, como veremos a continuación, demasiado pequeña como para llevar a cabo un tratamiento resocializador.

### 3. Extensión

La extensión de la pena de prisión ha sufrido una modificación muy importante a raíz de la entrada en vigor de la LO 15/2003 el 1 de octubre de 2004. En el ACP la privación de libertad, en sus diferentes variantes (arrestos, prisiones y reclusiones), oscilaba entre el día del arresto menor, como mínimo, y los treinta años de la reclusión mayor, como máximo. El CP/1995 modifica esos límites, y en términos generales, aunque con numerosas excepciones, se puede decir que elevó el mínimo y redujo el máximo.

El CP/1995 redujo la *duración máxima* de la pena de prisión en una tercera parte: de 30 años se pasó a 20 años, lo cual repercutió también, como

es lógico, en las penas asignadas a los delitos en particular. Así, por ejemplo, la pena del homicidio antes era de reclusión menor (12 años y 1 día a 20 años), ahora es de 10 a 15 años. Sin embargo, aunque la reducción de la duración de las penas parezca generalizada, en realidad, como dice BOLDOVA PASAMAR, es meramente nominal, e incluso engañosa<sup>108</sup>. Nominal, porque los beneficios penitenciarios del ACP consistentes en la redención de penas por el trabajo, que se aplicaban de manera prácticamente automática, daban lugar al cumplimiento efectivo de una pena de prisión inferior en un tercio a la realmente impuesta. Y es también engañosa, porque además de las reglas generales previstas en los arts. 70 y 76 CP, que permiten superar los 20 años de prisión (el art. 76 permite incluso llegar hasta los 40 años), existen también numerosos delitos en los que se puede imponer una pena de prisión superior a los 20 años<sup>109</sup>.

En la redacción originaria del CP/1995 la *duración mínima* de la pena de prisión se elevó hasta los seis meses, aunque con numerosas excepciones<sup>110</sup>.

108. BOLDOVA PASAMAR, en *Lecciones*<sup>3</sup>, 61.

109. El citado autor agrupa estas excepciones alrededor de cuatro casos: 1) Prisión de 15 a 25 años: art. 473.1 y 2; 2) Prisión de 20 a 25 años: arts. 140, 485.1 y 605.1; 3) Prisión de 20 a 30 años: art. 572.1.1º y tras la LO 15/2003 también el art. 607 bis.2.1º; 4) Prisión de 25 a 30 años: arts. 473.2, 485.3 y 605.1.

110. En la legislación española, pese a la tajante declaración contenida en los arts. 36 y 71.2 en su redacción originaria, persistían supuestos de privación de libertad continua inferior a seis meses, la mayor parte de los cuales estaban relacionados con la pena de arresto de fin de semana. Concretamente, podía suceder que se impusiese una *prisión provisional*, que aunque no es propiamente una pena, sin embargo, supone una privación de libertad de modo continuado y podía convertir en papel mojado aquellas penas alternativas a la prisión, porque de nada valdría haber condenado a arrestos de fin de semana a una persona si antes del juicio el reo pudo haber permanecido cinco o seis meses en prisión preventiva. En segundo lugar, en el supuesto de *quebrantamiento de la pena de arresto de fin de semana* se podía ordenar la ejecución del arresto de manera ininterrumpida. En tercer lugar, determinados supuestos de *quebrantamiento o incumplimiento de los sustitutivos* (arresto de fin de semana o multa) podían dar lugar a una prisión inferior a los seis meses, porque había que descontar de la prisión que se tenía que ejecutar, los arrestos ya cumplidos o las cuotas ya pagadas. Y por último, la hipótesis de *impago de la multa* podían dar lugar, igual que sucede ahora, a una prisión inferior a los seis meses.

No sería cierto, por tanto, afirmar que las penas privativas de libertad inferiores a seis meses habían desaparecido por completo del ordenamiento penal español

La intención del legislador de 1995 fue prescindir de las penas cortas privativas de libertad de ejecución continua, debido a los graves inconvenientes que presentan las mismas, como veremos más adelante.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha rebajado, sin embargo, el límite mínimo de la prisión a tres meses<sup>111</sup>. El **art. 36 CP**, en la redacción dada por dicha Ley, establece con carácter general en su **apartado 1**, que «la pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código. –Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código».

Salvo en lo relativo al límite mínimo de los tres meses, este apartado coincide con la redacción originaria que tenía el art. 36 CP. Sin embargo, la LO 7/2003 adicionó también un **apartado 2** –hay que decir que sin venir demasiado a cuento, pues es más una disposición propia de la LOGP que del CP–, en virtud del cual se ha introducido el denominado «*período de seguridad*», que consiste en que «cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta»<sup>112</sup>.

El tercer grado penitenciario o régimen abierto es un régimen de cumplimiento de la pena de prisión que se puede calificar de semilibertad [*infra* § 34.2.b)]. El penado tan sólo tiene que permanecer en el centro peniten-

---

con la entrada en vigor del CP/1995. A pesar de estas excepciones, algunas de las cuales aún se mantienen, se puede decir que la regla general era intentar evitar las penas cortas de prisión y los efectos perjudiciales que las mismas conllevan.

111. Hay que decir que incluso antes de la entrada en vigor de esta Ley se había dado entrada, en algunos delitos en particular, a penas inferiores a seis meses, y ello sin haber modificado paralelamente el art. 36 CP, que fijaba con carácter general el límite mínimo en seis meses. Así, por LO 11/2003 previó para el tipo atenuado de lesiones (art. 147.2) y para el delito de malos tratos de obra en el ámbito familiar (art. 153) una pena de prisión con un mínimo de tres meses.
112. Sobre esta novedad véase, entre otros, RÍOS MARTÍN, «Reflexiones sobre la Ley 7/2003: el incremento de la violencia punitiva», RDPC nº extraord. 2 (2004), 101 ss., en particular, 112 ss., en donde hace una valoración crítica del período de seguridad.

ciario 8 horas diarias, normalmente por la noche. Además, el tercer grado es requisito imprescindible para obtener la libertad condicional. Hasta la reforma de 2003 cualquier penado podía ser clasificado directamente en tercer grado. Ahora, con la introducción de ese «período de seguridad», se pretende que los penados por delitos graves, o por varias penas menos graves que sumen más de cinco años<sup>113</sup>, permanezcan en prisión, por lo menos 2 años y medio.

No obstante, hay que decir que el legislador, para adecuar la legislación a las circunstancias particulares de algunas personas, ha previsto la posibilidad de exceptuar la aplicación de este período de seguridad, si bien nunca en el caso de terroristas o miembros de organizaciones criminales, y que se siga el régimen general, pudiendo clasificarse en tercer grado, por tanto, sin necesidad de haber cumplido la mitad de la condena. Así lo dispone el **párrafo 2º del apartado 2º del art. 36 CP**: «El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento».

#### **4. Problemas de las penas privativas de libertad de larga y de las de corta duración**

La duración de la pena de prisión se ha visto recortada a lo largo del tiempo por ambos extremos: el límite máximo ha ido disminuyendo, y, paralelamente, el límite mínimo también ha ido elevándose. Las razones

113. De esta opinión es la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 9/2003, sobre indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley Orgánica 7/2003, que admite que se puedan sumar varias penas. De otra opinión es RÍOS MARTÍN, para quien, por ser más ajustado al principio de legalidad, debería referirse sólo a penas consideradas individualmente [RDPC nº extraord. 2 (2004), 115].

de este progresivo recorte son de diversa índole, pero obedecen a que tanto las penas de muy larga duración, como las de muy corta duración son injustas.

a) *El llamado efecto de prisionización de las penas privativas de libertad de muy larga duración*

Se ha dicho que las *penas privativas de libertad de muy larga duración* son inhumanas, puesto que destruyen la personalidad del individuo y carecen de la función de prevención especial, dado que ni resocializan ni reeducan. Por eso, entre las conclusiones de las III Jornadas de los catedráticos y profesores agregados de Derecho Penal, celebradas en Santiago de Compostela los días 28 a 30 de mayo de 1975, ya se acordaba que debería «establecerse legislativamente que ninguna pena privativa de libertad tendría una duración superior a veinte años» (ADPCP 1975, 150).

Los efectos dañinos de las penas privativas de libertad de larga duración han sido estudiados por muchos autores, entre ellos VON HENTIG. Para este autor, dichos efectos dimanaban de su carácter antinatural. Cuando un animal o un ser humano caen en un foso del que no puede salir, la naturaleza pone fin a sus sufrimientos con la muerte, haciendo que sucumban de hambre, de sed o por las inclemencias del tiempo. La privación de libertad produciría los mismos efectos si el Estado no se encargase de prolongar la vida del recluso más allá de las posibilidades naturales. Se escinde entonces artificialmente la sincronización entre vida instintiva y subsistencia física, perdiendo su valor los motivos de la vida en libertad al no tener que preocuparse el preso de la comida, de su salud, del presente ni del futuro, de sí mismo ni de los demás. Producidas estas nuevas acomodaciones a lo largo de años, pueden persistir al recuperar la libertad, convirtiendo al ser humano en un producto de la prisión.

Se ha hablado entonces de una *prisionización*. El penado experimenta profundas alteraciones en su personalidad, como aislamiento, incapacidad para volver a vivir en libertad, inmovilidad, atrofia de los sentidos, problemas alimentarios y de drogas, también del sueño, pérdida de contacto con el exterior, depresiones, suicidios, etc.

b) *La inutilidad e injusticia de las penas privativas de libertad de muy corta duración*

Las *penas de prisión de corta duración* presentan también numerosos inconvenientes. Desde finales del siglo XIX se ha entablado una cruzada frente a las penas cortas privativas de libertad, encabezada, principalmente, por la figura de Franz von Liszt y su famoso «Programa de Marburgo» de 1882. Desde entonces se ha constatado que el saldo entre las supuestas ventajas y los inconvenientes reales de las penas cortas privativas de libertad es claramente desfavorable al mantenimiento de las mismas. Las penas cortas privativas de libertad son penas inútiles y dañinas.

a) Son *inútiles*, porque la experiencia enseña que no intimidan a los delincuentes habituales, acostumbrados ya a la prisión; e incluso, existen delincuentes que, por carecer completamente de recursos económicos, buscan intencionadamente ir a prisión para así tener gratis comida y un lugar donde dormir. Para estas personas la pena de prisión no despliega ningún impacto intimidatorio<sup>114</sup>.

Por otro lado, la inutilidad de las penas cortas privativas de libertad queda demostrada, porque las posibilidades de influir positivamente en el reo son mínimas o casi nulas, dado que un tratamiento reeducador requiere una cierta duración, de la cual estas penas, por definición, carecen.

114. Por el contrario, la Exposición de Motivos de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, justifica la introducción de la pena de prisión de tres meses principalmente por razones preventivo generales de carácter negativo: «La duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses, con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia. Al mismo tiempo, esta duración mínima permite estructurar de forma más adecuada la relación existente entre faltas y delitos y la escala de penalidad aplicable a ambos».

En mi opinión, parece que esta reforma, y también otras que la han precedido, como la llevada a cabo por LO 7/2003, que elevó el límite máximo de cumplimiento efectivo de privación de libertad hasta los 40 años, están teñidas de una criticable finalidad inocuidadora (véase ROCA AGAPITO, «Los Anteproyectos de 2003 de Modificación del Código Penal. Una primera lectura de su regulación del sistema de penas, y en particular de la pena de multa», LL 2003-2, 1382 ss.).

b) Pero el inconveniente más serio, que hace que las penas cortas de prisión sean penas injustas, no es tanto la ausencia de determinados efectos que se consideran deseables, cuanto la presencia de efectos *perjudiciales e indeseables* que su imposición conlleva. Está suficientemente contrastado que estas penas antes que resocializar, desocializan.

Así, con frecuencia el condenado ve cómo las relaciones familiares se rompen; se pierden los amigos; los contactos sociales van desapareciendo; se producen consecuencias económicas negativas, como la pérdida del puesto de trabajo, la imposibilidad de pagar deudas, etc.; se contraen enfermedades muy graves, debido al consumo de drogas o a relaciones sexuales con otros presos; etcétera.

Todo ello produce una profunda transformación en la vida del reo, no siendo muy frecuente poder volver a reponerla a su estado anterior. Más bien acontece todo lo contrario, se produce un *paulatino proceso de desocialización* a través del cumplimiento de la pena de prisión, y que supone para muchos delincuentes verse arrastrados hacia el camino de la delincuencia.

Pero no sólo se pierden contactos sociales deseables, sino que al mismo tiempo surgen numerosos contactos humanos no deseados, fruto de la superpoblación de nuestras cárceles, que hace que delincuentes primarios entren en contacto con experimentados delincuentes y que se produzca una inmersión del reo en la subcultura carcelaria, produciéndose una profunda modificación en la escala de valores, o en el peor de los casos, una pérdida absoluta de los mismos.

Se ha dicho frecuentemente y con razón, que las prisiones son la *mejor escuela del delito*, puesto que ahí se aprende que existen delitos que compensa cometerlos, dado que sólo una parte de la delincuencia se consigue esclarecer y castigar; ahí se aprenden también las distintas técnicas de comisión y de persecución del delito y, por tanto, los diversos métodos para delinquir y no ser descubierto.

Es más, a todos estos efectos negativos habría que añadir el hecho de la superpoblación de las cárceles a que conduciría una frecuente imposición de penas cortas de prisión, lo cual, además de conllevar un mayor gasto económico para la Administración penitenciaria, también perjudica a su vez a otros presos sujetos a penas no tan breves. Los condenados a penas

cortas privativas de libertad quitan recursos que podrían dedicarse a los condenados a penas de mediana y larga duración, sobre los cuales la pena privativa de libertad, a través del correspondiente tratamiento, sí puede producir efectos positivos.

En definitiva, no es de extrañar que exista una opinión, mayoritaria en la doctrina, contraria a las penas cortas de prisión, fundamentalmente inferiores a los seis meses. En Alemania, por ejemplo, aunque la pena privativa de libertad tiene un mínimo de un mes de duración (§ 38 II StGB), sólo se impone con una duración inferior a los seis meses en casos excepcionales (§ 47 StGB).

Por todas estas razones no podemos sino criticar la reintroducción en nuestro ordenamiento jurídico de las penas de prisión inferiores a seis meses, que se ha llevado a cabo por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que ha dado nueva redacción al apartado 1 del art. 36 CP y dispone que «la pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses». En correspondencia con esta disminución del límite mínimo de la pena de prisión, también se ha modificado el **art. 71.2 CP**, según el cual si por la aplicación de las reglas de determinación de la pena inferior en grado procediese imponer una pena de prisión inferior a tres meses, «ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la Sección 2ª del Capítulo III de este Título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda».

## 5. Clasificación de la pena de prisión

En función de su duración, la prisión es pena grave cuando es superior a cinco años [art. 33.2 a)], y menos grave cuando es de tres meses a cinco años [art. 33.3.a)]. Si la pena de prisión, por su duración, fuera al mismo tiempo grave y menos grave, puesto que el delito se considera grave en virtud de lo dispuesto por el art. 13.4, consecuentemente la pena también deberá ser considerada grave. Conforme a lo establecido en estos preceptos, la prisión sólo es aplicable a los delitos, ya sean graves o menos graves, pero nunca a las faltas. De todas formas eso no quiere decir que esté excluida la privación de libertad para las infracciones leves. En las faltas es posible la aplicación de la localización permanente y de la responsabilidad personal subsidiaria, que son penas privativas de libertad. Incluso esta

última puede determinar el ingreso en un centro penitenciario, igual que la pena de prisión.

## 6. Cómputo

El **art. 38 CP** regula el cómputo de las penas. Al ubicarse dentro de la Secc. 2ª del Cap. I del Tít. III del Lib. I, parece limitar su alcance a las penas privativas de libertad, zanjándose así la polémica que suscitó el art. 32 ACP de si era aplicable a todas las penas temporales o sólo a las penas privativas de libertad. En realidad, el art. 38 CP resulta aplicable tan sólo a las penas privativas de libertad de cumplimiento ininterrumpido. No resultaba aplicable a la pena de arresto de fin de semana dada su ejecución discontinua. Por ello contaba con normas específicas al respecto.

El art. 38 CP establece, en el **apartado 1**, que «cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas empezará a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme». Y en el **apartado 2**, que «cuando el reo no estuviere preso, la duración de las penas empezará a contarse desde que ingrese en el establecimiento adecuado para su cumplimiento».

Si se tomase al pie de la letra lo dispuesto en el art. 38.1 CP pudiera uno pensar que el tiempo que el reo ha permanecido en prisión preventiva no puede ser tenido en cuenta para el cómputo de la pena. Sin embargo, el **art. 58 CP** dispone, precisamente, que «el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión»<sup>115</sup>.

115. Incluso en algún supuesto, y pese a no darse los requisitos del art. 58, se ha abonado el tiempo excedentario pasado en prisión en causa distinta a consecuencia de un funcionamiento incorrecto de la Administración penitenciaria (STS 21 julio 2003), o simplemente para no generar, en quien tiene a su favor un tiempo de prisión preventiva sobrante, “un crédito positivo” de días a cuenta para un futuro delito, que repugna a la lógica y a los fines preventivos de la pena (STS 20 septiembre 2005).

Con carácter general, véase al respecto, entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El abono de la prisión preventiva en el Proyecto de Código Penal», EPC t. VI (1983), 85 ss.

Conforme a ello, la disposición del apartado 1 del art. 38 CP pierde la importancia que tenía antaño. En realidad, desde que en 1932 se estableció la necesidad de abonar la prisión preventiva, esta disposición ya no tiene mucho sentido. El único sentido que tiene el art. 38.1 CP es determinar el momento en que se inicia el cumplimiento de la pena, no considerando que se esté cumpliendo condena durante el tiempo que dure la prisión preventiva, sin perjuicio de que le sea abonado el tiempo que estuvo preventivamente preso. Por otra parte, dicho precepto pretende también evitar que se produzca una interrupción entre la prisión preventiva y la pena de prisión.

De hecho, la prisión preventiva es la causa más común por la que un sujeto puede estar preso antes del comienzo del cumplimiento de la pena, pero esta situación puede darse también en otros supuestos. Así, por ejemplo, porque se encuentre sometido a otra causa, en cuyo caso es aplicable el cómputo automático del comienzo de la condena (véase el **art. 988 LECr**). Pero también puede suceder que esté cumpliendo una condena anterior. En este caso ya no opera automáticamente el comienzo del cómputo de la condena, pues no se pueden cumplir simultáneamente dos penas de prisión (una dejaría de tener sentido). Se tienen que cumplir, según lo dispuesto en el art. 75 CP, sucesivamente y además según su gravedad. Por ello, si la nueva condena es más grave que la que se está cumpliendo, se suspende ésta hasta que se cumpla la de mayor gravedad.

El apartado 2 del art. 38 CP se refiere al cómputo del cumplimiento de la pena cuando el reo no se encuentre preso. En este caso, la duración de las penas empezará a contarse desde que ingrese en el establecimiento adecuado para su cumplimiento. Antes se aludía a cuando el reo se hallase a disposición de la autoridad judicial, ahora a que ingrese en un establecimiento adecuado para su cumplimiento. Ni una ni otra expresión son completamente satisfactorias, porque pueden dar inconvenientes en casos de traslados o de organización penitenciaria. Así, antes ya se incluía en el cómputo a quien se encontraba a disposición de la policía judicial, y ahora habrá que considerar que comprende también a quienes ingresen en un establecimiento, aunque no sea el adecuado para su cumplimiento, como pueda ser, por ejemplo, un módulo de preventivos.

El CP no contempla una regulación del cómputo de cumplimiento de *penas temporales no privativas de libertad*. Sin embargo, las penas privativas

de derechos, como las inhabilitaciones o suspensiones, creo que no plantean ningún problema, tanto cuando se impongan como penas accesorias, pues en tales casos comienzan con la pena principal, como también cuando se impongan ellas mismas como principales.

Bajo la vigencia del anterior Código, la pena de privación del permiso de conducir o de la licencia de armas daba a entender que se entregase materialmente el permiso o la licencia, por lo que se empezaría a cumplir a partir de ese momento. Sin embargo, desde que el CP/1995 ya no habla de privación del permiso de conducir, ni tampoco de la licencia de armas, sino sencillamente del derecho a la tenencia y porte de armas, así como al derecho a conducir vehículos a motor, se puede aplicar analógicamente el criterio de la sentencia firme<sup>116</sup>.

El CP tampoco contiene regla alguna para contabilizar el tiempo de la condena, por lo que a falta de cobertura legal se ha venido operando en *la práctica* con el criterio de que cuando la condena venga expresada en años son de 365 días y los meses de 30 días (así, la Consulta de la FGE 2/1989, de 26 de abril). Algunos autores entienden, sin embargo, que debería aplicarse el art. 5 CC, de modo que los plazos señalados por días, se empezaría a contar en el día siguiente, y si se hace por meses o años se contaría de fecha a fecha. En ningún caso se excluyen los días inhábiles.

## § 10. El arresto de fin de semana

La pena de arresto de fin de semana es una pena privativa de libertad de ejecución discontinua, y constituyó una de las principales novedades que introdujo el CP/1995 en el sistema de penas<sup>117</sup>. Tiene su antecedente

116. Esto contrasta con el Derecho penal de menores, que en el art. 10.1.6<sup>a</sup>.g) RLORRPM sigue el criterio de la entrega efectiva del permiso o de la licencia correspondiente, o el de la fecha que el juez señale [*infra* § 30.5.a)].

117. Sobre esta pena véase, por todos, GONZÁLEZ TASCÓN, *La pena de arresto de fin de semana en el Derecho penal español*, Tesis en CD-ROM, Ed. Universidad de Oviedo, 2003.

en nuestro Derecho en la LPRS/1970, donde se contemplaba como medida de seguridad; y se ha previsto también para el Derecho penal de menores en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que la incluye como medida en la forma de permanencia de fin de semana.

Su aparición como pena tiene sus antecedentes en el PCP/1980 (art. 42), y luego fue recogida en los sucesivos proyectos que han existido hasta la aprobación del CP/1995 (arts. 36 PANCP/1983; 35 BACP/1990; 34 PCP/1992; y 37 PCP/1994).

La introducción de la pena de arresto de fin de semana obedeció a una motivación político-criminal muy clara: se pretendía provocar un impacto en el condenado equivalente a las penas cortas de prisión, pero sin los efectos perjudiciales de las mismas. En particular, se alega en favor suyo que el arresto de fin de semana permite al condenado mantener sus vínculos familiares, sociales y laborales, pero a la vez mantiene todo el contenido afflictivo de una pena privativa de libertad. Este esquema punitivo responde a una política criminal seguida en los países anglosajones, como si de una técnica de electroshock se tratase: penas cortas e intensas para que estimulen al sujeto a no volver a delinquir. Se la suele llamar la política de las «tres eses»: «short», «sharp» y «shock».

Sin embargo, tras ocho años desde su entrada en vigor, la **LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha suprimido esta pena del CP**. Según se dice en la Exposición de Motivos, la aplicación práctica de esta pena «no ha sido satisfactoria», y «dicha supresión –continúa la ley– se realiza a través de su sustitución por la pena de prisión de corta duración..., por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, por la de multa y por la pena de localización permanente».

Por lo que alcanzo a ver, no es cierto que esta pena se haya suprimido por completo, pues la pena de arresto de fin de semana sigue vigente todavía en el ámbito del Derecho penal especial<sup>118</sup>. La LO 15/2003 “se ha olvidado” de lo establecido en la **DT 11ª.1 del CP**, según la cual «cuando se hayan de aplicar Leyes penales especiales o procesales por la jurisdicción

118. Así lo considera también GONZÁLEZ TASCÓN, «Algunas observaciones a la reforma de las penas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal», RDP 13 (2004), 24.

ordinaria, se entenderán sustituidas: [...] e) La pena de arresto mayor, por la de arresto de siete a quince fines de semana; e i) La pena de arresto menor, por la de arresto de uno a seis fines de semana».

Pensemos, por ejemplo, en el **art. 139 de la LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General**, que no ha sido modificado por ninguna norma y cuyo encabezamiento dispone: «Serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas lo funcionarios públicos que dolosamente...». ¿Qué pena está prevista para este artículo si no es la de arresto de siete a quince fines de semana y multa de tres a diez meses? El **Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 29 de noviembre de 2005** ha establecido que las Disposiciones Transitorias, y en particular la 11ª, son de aplicación a las leyes penales especiales, y por tanto, también para el delito electoral.

Al no haber desaparecido por completo la posibilidad de imponer arrestos de fin de semana, pero haber sido derogada toda regulación de esta pena, en la práctica se puede decir que no se va a poder aplicar. Antes de mayo de 2005 se podía acudir para resolver algunos de estos problemas a lo dispuesto en el RD 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecían las circunstancias de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y de arresto de fin de semana. Sin embargo, este RD ha sido derogado expresamente por el **RD 515/2005, de 6 de mayo (Disp. Derog. Única, apart. 1)**. De todas formas hay que decir que todavía se puede aplicar transitoriamente la anterior normativa en aquellos supuestos en los que las reglas que disciplinan la aplicación de la ley penal en el tiempo así lo permitan.

Por otro lado, hay que resaltar que unida a la casi total desaparición de esta pena, también han sido suprimidas las otras funciones que esta pena cumplía en nuestro ordenamiento<sup>119</sup>. Concretamente, ya no será posible que sustituya a una pena de prisión inferior a un año (excepcionalmente dos) (art. 88 CP en la anterior redacción), ni tampoco que sea una forma de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53 CP en la anterior redacción).

119. Sobre la supresión de esta pena véase, entre otros, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «La reforma del sistema de penas por la LO 15/2003. (Especial referencia a la supresión de la pena de arresto de fin de semana y su sustitución por la nueva pena de localización permanente)», RDPC nº extraord. 2 (2004), 527 ss., en particular 530 ss.

## § 11. La localización permanente

### 1. Introducción

1. Como acabamos de ver, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha suprimido, por lo menos del CP, la pena de arresto de fin semana. Pero paralelamente a esta supresión se han potenciado otras penas. El vacío que ha dejado el arresto de fin de semana viene a ser cubierto por otras penas, entre ellas la localización permanente. Según se dice en la Exposición de Motivos de esa ley, «dicha supresión se realiza a través de su sustitución por la pena de prisión de corta duración..., por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, por la de multa y por la pena de localización permanente».

En efecto, una de las novedades más destacadas de la citada ley ha sido la introducción de esta nueva pena privativa de libertad.

Según lo dispuesto en el **art. 35 CP** [en la redacción dada por la LO 15/2003], «son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa». Desaparece, por tanto, del catálogo de penas privativas de libertad el arresto de fin de semana y se sustituye por la pena de localización permanente.

Esta pena se introduce como novedad por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Sin embargo, por el contenido que tiene atribuido y como por otra parte reconoce expresamente la Exposición de Motivos de dicha ley, podemos considerar que no es más que una versión moderna del tradicional arresto domiciliario, que siempre ha existido en nuestro ordenamiento (por ejemplo, en los arts. 77 CP/1822, 112 CP/1848, 119 CP/1870, 138 CP/1928, 88 CP/1932 y 85 CP/1944)<sup>120</sup>.

Es probable que el legislador haya querido extender al ámbito de las infracciones leves la aplicación de ciertas medidas de control o vigilancia electrónica, que ya estaban previstas en el art. 86.4 RgtoP para el régimen

120. Véase, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, «Arresto menor en el domicilio (art. 85 del Código penal)», CLP t. V vol. 1 (1985), 495 ss.

abierto de la prisión [*infra* § 36.2.a)]. Sin embargo, por cuanto que no hay una previsión legal expresa, a diferencia de lo que se ha hecho con las penas privativas de derechos del art. 48 [*infra* § 16.3.f)], no debería resultar admisible la posibilidad de ordenar dicho control electrónico. Sin embargo, el RD 515/2005, de 6 de mayo, y en contra de lo que había advertido el *Informe* del CGPJ a la reforma de 2003 (p. 14), puesto que esta pena afecta a derechos fundamentales de la persona, debería haberse hecho por ley. No ha sido así, y el **art. 13.1.e) RD 515/2005** ha incluido el control telemático dentro del plan de ejecución que se debe elaborar con carácter previo. No obstante, y para evitar una posible declaración de inconstitucionalidad, el **art. 14 RD 515/2005** somete la imposición de la vigilancia electrónica a la condición de que el penado preste su consentimiento.

Hasta la entrada en vigor de este RD (el 8 de mayo de 2005) creo que no se podía aplicar analógicamente lo dispuesto en los arts. 48.4 CP y 86.4 RgtoP, y que la vigilancia tendrá que hacerse personalmente por agentes de policía, personándose en el domicilio del penado o en el lugar que haya dispuesto el juez.

2. Por otra parte, hay que destacar también que no es ésta la única medida sancionadora que se cumple en el domicilio del sujeto, si bien con la matización de que no son penas en sentido estricto. La propia LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha previsto también la posibilidad de cumplir la prisión provisional en el domicilio del imputado, siempre y cuando se den una serie de requisitos previstos en el **art. 508 LECr** (enfermedad que entrañe grave peligro para la salud, o también imputado que se halle sometido a tratamiento de desintoxicación, en cuyo caso el ingreso en prisión puede ser sustituido por el ingreso en un centro reconocido para la continuación del tratamiento) [precepto redactado por la letra g) del nº 1 de la Disp. Final 1ª de la LO 15/2003]<sup>121</sup>.

121. Sobre esta nueva regulación véase, entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./QUERALT JIMÉNEZ, A., «La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general, y la vigencia de la Ley de 10 de diciembre de 1931», LL 2005-1, 1635 ss.; DE LA ROSA CORTINA, «La nueva prisión atenuada domiciliaria, ¿una alternativa a la prisión provisional ordinaria?», LL 2004-5, 1595 ss.

También están previstos en nuestro ordenamiento jurídico otros arrestos domiciliarios, como:

- la llamada «prisión atenuada» del Derecho penal militar, prevista en los **arts. 225 ss. de la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar;**
- la «vigilancia a domicilio» prevista para el procedimiento de extradición pasiva en el **art. 8.3 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva**, que aunque no es exactamente un arresto, sino más bien una libertad vigilada, se cumple en el domicilio;
- el «arresto del declarado en concurso», previsto en el **art. 1.1.2 de la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal;**
- la «libertad vigilada» y la «convivencia con otra persona, familia o grupo educativo» prevista para el Derecho penal de menores en las **letras h) e i) del art. 7.1 de la LORRPM**, que puede ser concebida también como una especie de arresto domiciliario.

## 2. Ventajas e inconvenientes de la localización permanente

Con independencia de las críticas que hemos formulado a las penas privativas de libertad de corta duración [*supra* § 9.4.b)], a nuestro juicio, las ventajas del arresto domiciliario, y en este sentido también se podría decir lo mismo de la nueva pena de localización permanente, son mayores que sus inconvenientes.

Entre las ventajas se podría señalar que permite cumplir con las exigencias de la prevención especial negativa o de intimidación (pues detrás de él está la cárcel) y de aseguramiento (excluyendo, como es lógico, los casos de delitos cometidos en el seno de la familia, como los malos tratos o los delitos sexuales)<sup>122</sup>, y en menor medida de la prevención especial

122. Para las faltas de amenaza, coacción o injuria leve realizadas en el ámbito familiar se ha previsto esta pena en alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 620 párr. 3º CP). Sin embargo, se aclara que sólo se podrá imponer «en domicilio diferente y alejado del de la víctima».

positiva o de reeducación y reinserción, pues si el arresto alcanza cierta duración, no sería descartable, aunque en principio parece inviable, la posibilidad de desarrollar un programa de actividades, con un seguimiento por parte de profesionales a través de visitas periódicas. Además, no es ni mucho menos ignorable el menor coste económico de esta forma de cumplir la privación de libertad.

Con ser éstos argumentos importantes, sin duda, la mayor ventaja de todas es que el arresto domiciliario evita los efectos negativos que comporta la prisión de corta duración.

En su contra se suele alegar el elevado porcentaje de incumplimiento y la pérdida de eficacia preventivo-general de la sanción penal<sup>123</sup>. Sin embargo, estos inconvenientes no resultan absolutamente insalvables. Es más, el porcentaje de incumplimiento se reduce si se adoptan mecanismos apropiados de control, como pueda ser la vigilancia electrónica. Por otro lado, contra la objeción de pérdida por parte de la pena de eficacia intimidativa sobre la colectividad se puede contestar insistiendo en la efectividad de su cumplimiento. Además, esta medida sólo está prevista para las infracciones penales leves, las faltas, en las cuales el efecto intimidativo se entiende que debe ser también menor.

El balance, por tanto, parece favorable a la incorporación de esta pena. Si bien, hay que reconocer que en algunos casos esta pena puede resultar discriminatoria. Se dice que consiste en la obligación de permanecer en el domicilio. Esta pena presupone que el reo tenga domicilio ¿Y si no tiene domicilio? Pues la cumplirá en otro lugar señalado por el Juez en la sentencia. ¿Y qué lugar es ese? ¿La cárcel? ¿Los depósitos municipales,

123. VÁZQUEZ GONZÁLEZ advierte con razón que en algunos casos “el cumplimiento de esta pena puede acabar convertido en una fiesta”, dado que, y pone como ejemplo a un condenado en virtud del art. 633 por perturbar levemente el orden en un espectáculo deportivo, esta pena le permite “quedar en su domicilio con sus ‘colegas de juerga’ para ver juntos por televisión y, si puede ser con unas ‘cervezas’, con lo que “el efecto intimidante, reeducador y rehabilitador de esta pena es, en estos casos, nulo, y, en consecuencia, la pena deviene ineficaz” [RDPC nº extraord. 2 (2004), 542].

como se había previsto para el arresto de fin de semana?<sup>124</sup> En estos casos, la pena de localización permanente puede convertirse, sencillamente, en el mismo perro, pero con distintos collares. Pero es que además, como bien señala MANZANARES SAMANIEGO, “todos los intentos de acomodar la localización permanente a las exigencias igualitarias se hallan condenadas al fracaso”, porque “la desigualdad forma parte del núcleo o definición de la pena”. “La residencia en una finca señorial –dice–, con jardín, piscina y cancha de tenis no podrá compararse nunca con la habitación humilde de un realquilado”<sup>125</sup>.

Otras críticas que se han dirigido, insisto, no tanto desde el punto de vista técnico como desde el de tipo político y jurídico, son la posible vulneración del principio de libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la intimidad. Hay quien ha visto en esta pena el comienzo ya de la desalentadora premonición que realizara en 1948 George ORWELL en su conocida novela titulada *1984*. Por otro lado, también se ha criticado a esta pena su posible aumento del efecto *net widening*, esto es, el aumento de la intensidad en el control sobre personas que antes no les alcanzaba una sanción penal, o si sucedía esto, se les imponían sanciones no privativas de libertad.

### 3. Regulación

La regulación de esta pena se encuentra básicamente en el **art. 37 CP** y en el **RD 515/2005, de 6 de mayo**, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

124. Admite la posibilidad de utilizar los depósitos municipales de detenidos, aunque se de modo excepcional, entre otros, ESPINA RAMOS, «Apuntes de urgencia sobre las nuevas penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, a la luz de la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado», AJA 664 (14 abril 2005), 12.

125. MANZANARES SAMANIEGO, «La pena de localización permanente», LL-penal 25 (2006), 53.

### a) *Gravedad*

Esta pena es, según el nuevo **art. 35**, una pena privativa de libertad, que sólo puede ser *pena leve*, por tanto aplicable exclusivamente a las faltas [nueva **letra g) del art. 33.4**]<sup>126</sup>.

El régimen transitorio previsto para esta pena establece que se considerará, a efectos de valorar qué ley resulta más favorable, que un día de localización permanente equivaldrá a un día de prisión. La **DT 4ª LO 15/2003** ha establecido que «en los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de esta ley fuera la de localización permanente, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que cada día de localización permanente equivale a un día de prisión».

### b) *Contenido*

La localización permanente consiste en la obligación de permanecer en el domicilio o en un lugar determinado fijado por el juez en la sentencia durante un período de tiempo que no podrá exceder de doce días [**art. 37.1 CP** y también el **art. 2.b) RD 515/2005**], pudiendo cumplirse de forma no continuada, como sucedía con su antecesor el arresto de fin de semana. Con esta posibilidad de cumplimiento no continuado se pretende evitar efectos no deseados que pudiese acarrear la privación de libertad, como puede ser la pérdida del trabajo. A este fin se ha previsto en el **art. 37.2 CP** lo siguiente: «Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada». Además, el **art. 13.2 RD 515/2005** dispone que «al planificar la ejecución se buscará que el cumplimiento de la pena no perjudique la situación personal, familiar y laboral del penado. Por esta razón, será oído con carácter previo a la elaboración del plan por los servicios sociales penitenciarios».

126. Se prevé, ya sea como pena única, ya como alternativa o acumulativa a una multa, para las faltas de los arts. 617, 618, 620, 623, 625, 629, 630, 633, 635 y 637.

### c) Ejecución

La pena de localización permanente se diferencia del arresto de fin de semana en que aquélla no comporta, como regla general, el ingreso en un Centro penitenciario como lo hacía el arresto de fin de semana, sino que se cumple en el domicilio de penado o en otro lugar fijado por el juez en la sentencia<sup>127</sup>.

El control de la ejecución de esta pena depende del establecimiento penitenciario del lugar donde el penado tenga su residencia (**art. 12 RD 515/2005**)<sup>128</sup>, el cual deberá desarrollar un plan de ejecución (**art. 13 RD 515/2005**)<sup>129</sup>.

El *plan de ejecución* deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

- a) Datos de identificación del penado, domicilio o residencia y, en su caso, trabajo y ocupación.
- b) Datos penales: falta por la que se le condena y número de días de duración de la localización permanente.
- c) Lugar de cumplimiento: domicilio u otro lugar con indicación de población o término municipal.

127. Cuando el penado traslade su residencia de una provincia a otra, o a las Ciudades de Ceuta y Melilla, «los servicios sociales penitenciarios informará al juzgado o tribunal competente» (**art. 29 RD 515/2005**).

128. Según el **art. 26.1 RD 515/2005**, «los servicios sociales penitenciarios donde el penado tenga fijada su residencia recibirán las resoluciones judiciales, así como los particulares necesarios». «No obstante –dice el **apart. 2 del citado art. 26–**, en el caso de la pena de localización permanente, dicha comunicación se efectuará al establecimiento penitenciario correspondiente al lugar donde el penado tenga fijada su residencia». Y los «establecimientos penitenciarios» son definidos en el **art. 2.d) RD 515/2005** como «aquellos centros de la Administración penitenciaria destinados al cumplimiento de las penas y de las medidas de seguridad privativas de libertad».

129. MANZANARES SAMANIEGO llama la atención sobre la complicación del cumplimiento de esta pena que no se corresponde a la levedad de la sanción. “Trámites y más trámites –dice– para ejecutar una humildísima pena de sólo unos días” [LL-penal 25 (2006), 59]. “No se entiende bien que haya de elaborarse un plan de ejecución para quien pasará en su casa un día o unos días y menos aún que para ello el reo haya de ser oído por los servicios sociales de un centro penitenciario que puede estar a muchos kilómetros de distancia tanto del lugar de residencia del reo como del juzgado o tribunal sentenciador” (60).

- d) Indicación expresa de si lo va a cumplir de forma continuada o no y si lo realizará los sábados y domingos.
- e) Indicación de los medios de control de penas telemáticos o de otra naturaleza.

A continuación, el plan de ejecución «será elevado al juez o tribunal sentenciador para su aprobación o rectificación» (**art. 13.3 RD 515/2005**).

En el caso de que se establezca el control por medios telemáticos, se requiere una instalación en el domicilio. Los medios de control telemáticos pueden ser de distintas clases: pueden consistir en dispositivos colocados en el sujeto a modo de brazaletes o grilletes, que avisan en cuanto el sujeto se aleja cierta distancia de un receptor situado en el domicilio (monitoreo electrónico); pero también pueden consistir en la comprobación de ciertos rasgos personales como la lectura de huellas digitales, el análisis de la pupila o de la voz (verificaciones biométricas). Los medios de vigilancia electrónica usuales requieren que el domicilio esté conectado a la luz y al teléfono, por lo que parece también lógico que se requiera la «conformidad de sus titulares» (**art. 14.1 RD 515/2005**). El domicilio del penado no tiene por qué pertenecerle necesariamente en exclusiva. Puede pertenecer, por ejemplo, a su cónyuge, o conjuntamente a ambos.

En el caso de que dicha conformidad no fuera prestada, «los servicios sociales penitenciarios<sup>130</sup> lo comunicarán de inmediato al juez o tribunal sentenciador, elevarán la propuesta de modificación del plan de ejecución y señalarán otro medio de control para su aprobación» (**art. 14.2 RD 515/2005**). No se dice nada con respecto a si posteriormente se retira dicha conformidad. En este caso, creo que habrá que proceder de modo similar a si la conformidad no se hubiese prestado inicialmente: se comunicará de inmediato al órgano judicial sentenciador, se elevará una propuesta de modificación y se señalará

130. El **art. 2.c) RD 515/2005** define los servicios sociales penitenciarios como «las unidades administrativas dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias que tienen encomendado el cumplimiento del objetivo de acción social que la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, atribuye a la Administración penitenciaria o, en su caso, las correspondientes de las comunidades autónomas que hayan recibido los trasposos en materia de ejecución de la legislación penitenciaria» (*infra* § 40).

otro medio de control para su aprobación. Lo que no se puede cambiar es el lugar de cumplimiento, según parece desprenderse del tenor del precepto.

«Una vez instalado el sistema de control, se procederá al seguimiento del cumplimiento de la pena y se comunicará al juez o tribunal sentenciador cualquier circunstancia que implique el incumplimiento de la pena» (**art. 14.3 RD 515/2005**).

#### d) *Incumplimiento*

El incumplimiento de la obligación de permanecer en el domicilio (o en el lugar que haya dispuesto el juez) deducirá testimonio por quebrantamiento de condena (**art. 37.3 CP**), que como consiste en una pena privativa de libertad se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año (**art. 468.1 CP**).

Una vez cumplida la pena de localización permanente, el establecimiento penitenciario elaborará un *informe final* que remitirá al juez o tribunal sentenciador comunicándole tal extremo, así como las incidencias ocurridas durante su ejecución, a los efectos oportunos (**art. 15 RD 515/2005**).

#### e) *Forma de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa*

Por último, hay que destacar que la localización permanente también puede constituir una forma de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (**art. 53**). Sobre los problemas que se puedan plantear específicamente con respecto a esta función que desempeña la localización permanente nos remitimos a lo señalado más adelante [*infra* § 21.5.b).ii)].

## § 12. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (remisión)

El **art. 35 CP** califica también como pena privativa de libertad la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Para hablar de esta pena habría que conocer antes la regulación de la pena de multa, que en nuestro

ordenamiento puede adoptar dos formas: el sistema de días multa y la multa proporcional, así que parece oportuno remitirse a otro momento posterior para el examen de esta otra pena privativa de libertad (*infra* § 21).

### **§ 13. El problema de las penas cortas privativas de libertad. La sustitución y la suspensión de la pena de prisión**

Hemos visto antes cómo la extensión de la pena de prisión se ha ido reduciendo, tanto por arriba como por abajo: el límite máximo se ha ido disminuyendo, pero el límite mínimo también ha ido elevándose, aunque con la última reforma del CP se haya vuelto a reducir. También hemos visto las razones que han motivado este recorte, por lo que es aconsejable evitar tales penas lo máximo posible<sup>131</sup>. Para ello la regulación del CP (Cap. III del Tít. III del Lib. I, «De las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional», arts. 80 ss.) permite que la prisión por encima de los tres meses y hasta dos años (excepcionalmente cinco para toxicómanos) no se cumpla, lo cual puede suceder de diferentes maneras.

131. La bibliografía sobre las alternativas a la pena de prisión es abundantísima, por ello sólo citaremos algunas recientes monografías en donde se pueden encontrar ulteriores referencias. Véanse, entre otros, CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Penas alternativas a la prisión*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997; CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN y otros: *Jueces penales y penas en España. Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002; PINA MASSACHS/NAVARRO MASSIP, *Alternativas a la prisión. El arresto de fin de semana, la multa y el trabajo en beneficio de la comunidad*, Ed. CIMS, Barcelona, 2000; ROBLEDO RAMÍREZ, *Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales*, EDESA, Madrid, 1996; SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Ed. Colex, Madrid, 2000; SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas de la prisión en el derecho penal español*, Ed. Trivium, Madrid, 1999; DE SOLA DUEÑAS/GARCÍA ARÁN/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, Ed. PPU, Barcelona, 1986; TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid, 2005; VALMAÑA OCHAÍTA, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

Veremos con más detalle a continuación la regulación de las alternativas a las penas cortas de prisión, pero ahora simplemente diremos que en la franja de gravedad que suponen las penas de entre 3 meses y 2 años (5 para toxicómanos), al Juez o Tribunal se le pueden plantear hasta cinco posibilidades de elección (naturalmente, si se cumplen los requisitos legales establecidos en cada caso): hacer cumplir la pena; suspenderla; suspenderla imponiendo reglas de conducta; sustituirla por trabajos en beneficio de la comunidad; y sustituirla por multa.

## 1. La suspensión

La primera de las posibilidades para evitar el cumplimiento de una pena corta de prisión es la *suspensión*. Existen varias modalidades de suspensión en el Derecho comparado<sup>132</sup>.

En primer lugar, en el ámbito anglosajón, está prevista la posibilidad de suspender la pena ya en el proceso penal, de modo que el Ministerio Fiscal deje de ejercer la acusación a condición de que el imputado satisfaga

132. Sobre los diferentes modelos existentes en Derecho comparado, existe también una abundantísima bibliografía. Por ello, además de remitirnos a los trabajos mencionados en la nota anterior, podemos citar las monografías de MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena y "probation"*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1985; y de NÚÑEZ BARBERO, *Suspensión condicional de la pena y "probation". Problemática acerca de su naturaleza jurídica*, Ed. Universidad de Salamanca, 1970.

Posteriormente han aparecido también algunos artículos que dan cuenta de los diversos modelos que existen en Derecho comparado. A este respecto, véanse, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho penal europeo actual», PJ 43-44 (1996), 119 ss.; FERNÁNDEZ ESPINAR, «'Probation' y medidas alternativas a las penas privativas de libertad: delimitación y singularidades a la luz del Derecho Comparado», RFDUCM 84 (1995), 95 ss.; GÖSSEL, «La petición de prueba en el proceso penal español», CPC 2000, 169 ss. (trad. M. Polaino Navarrete); JESCHECK, «Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal», EPC t. VIII (1985), 14 ss. (trad. de la Cuesta Arzamendi); LARRAURI PIJOÁN, «Las paradojas del movimiento descarceratorio en Estado Unidos», ADPCP 1987, 771 ss.; «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español», ADPCP 1991, 45 ss.; NÚÑEZ Y PAZ, «La aplicación de la *probation* en el Derecho positivo. Suspensión del fallo y suspensión de la pena», RDPC 5 (1995), 703 ss.; DE SOLA DUEÑAS, «Una alternativa a la pena privativa de libertad. La "Probation" en Derecho comparado y su posible incorporación a la legislación penal española», RJCAt 1986, 507 ss.

determinadas condiciones, como la reparación del daño, la realización de alguna prestación de utilidad social, etc. En este sentido se habla de *diversion* o de *pretrial probation*.

En segundo lugar, otra posibilidad muy extendida en el mundo anglosajón es la declaración de culpabilidad sin pronunciamiento de la pena, que se suspende a condición de que el sujeto supere un período de prueba en el que ha de cumplir ciertos deberes bajo la vigilancia de un funcionario. Es la llamada *probation*.

Y por último, en el ámbito continental se ha seguido sobre todo el modelo franco-belga de *sursis*, que supone el pronunciamiento de la pena, pero con suspensión de su cumplimiento durante un determinado período de prueba. Este sistema, bajo el nombre de «condena condicional», fue acogido en nuestro Derecho en 1908<sup>133</sup>.

El actual CP ha modificado en varios aspectos importantes la anterior regulación de la «condena condicional». Se ha sustituido esta denominación, se ha hecho siempre discrecional, se han ampliado las posibilidades de su concesión, inicialmente se restringió el acceso a la anotación registral (ahora no) y se ha impuesto incluso su cancelación y la completa remisión de la pena si las condiciones de la suspensión se cumplen.

### a) *Supuestos de suspensión*

Existen varios supuestos en que se puede suspender la ejecución de las penas<sup>134</sup>. Así, según el **art. 4.4 CP**, el Juez o Tribunal suspenderá la ejecución de la pena en tanto en cuanto no se resuelva sobre la petición de indulto formulada; también se suspenderá la ejecución de una pena privativa de libertad, si después de pronunciada sentencia firme, se apreciase

133. Sobre esta ley, véase, entre otros, DORADO MONTERO, «La nueva ley de condena condicional. Significación y trascendencia», RGLJ 112 (1908), 209 ss. y 385 ss. Más recientemente, BERNAL VALLS, «Consideraciones sobre la condena condicional», ADPCP 1971, 103 ss.; YÁÑEZ ROMÁN, *La condena condicional en España. Evolución histórica y presupuestos doctrinales*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1973.

134. Véase al respecto, por todos, NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002.

una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena (**art. 60 CP**)<sup>135</sup>. Pero como forma de evitar los inconvenientes de las penas cortas privativas de libertad la Secc. 1ª del Cap. III del Tít. III del Lib. I (**arts. 80 ss. CP**) prevé la «suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad» como una «de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad».

Según lo dispuesto en el **art. 80.1 CP**, «los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto».

De acuerdo con el art. 80.1 CP, únicamente pueden suspenderse las *penas privativas de libertad*, que conforme a lo dispuesto en el art. 35 CP son la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Por tanto, la suspensión no queda limitada exclusivamente a la pena de prisión. Ello se deduce no sólo de esta referencia genérica a las penas privativas de libertad contenida en el art. 80, sino también por lo dispuesto en otros preceptos de esta Sección. Concretamente en la regla 2ª del art. 81 se excluye la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa de la suma de las penas a efectos de comprobar que no se supera el límite de los dos años de duración, lo cual permite suspender también la privación de libertad derivada del impago de multa, aunque con ella

135. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha introducido varias novedades importantes en este precepto:

- En primer lugar, esta decisión es ahora competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que antes ostentaba el Tribunal sentenciador.
- En segundo lugar, cabe que la pena suspendida sea sustituida por una medida de seguridad privativa de libertad, con una duración no superior a la de la pena impuesta.
- En tercer lugar, cabe también la suspensión de las penas no privativas de libertad, pudiendo también ser sustituidas, en su caso, por medidas de seguridad no privativas de libertad.
- Y finalmente, cabe acudir a lo establecido en la Disp. Adic. 1ª del CP, relativa al internamiento civil [*infra* § 27.2.b).2].

Sobre ésta y otras reformas, véase, entre otros, PRAT WESTERLINDH, *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

se superasen los dos años que se establecen como límite para la suspensión. Asimismo, la extensión de la suspensión a todas las penas privativas de libertad se deduce de lo dispuesto en el art. 83, cuando se contempla la posibilidad de imponer determinadas reglas de conducta «en el caso de que la pena suspendida fuese la de prisión», lo cual significa, *a sensu contrario*, que las reglas de conducta no se pueden imponer en el caso de suspender la ejecución de otras penas privativas de libertad, pero no que sólo se pueda suspender la pena de prisión. Para estas otras penas, sin embargo, no será posible la imposición de las reglas de conducta previstas en el art. 83.

El **art. 80.4 CP**, para el caso de los penados aquejados de enfermedades muy graves con padecimientos incurables, parece establecer una excepción a esta regla general de que sólo se puede suspender la ejecución de penas privativas de libertad, pues dice que podrá suspenderse «cualquier pena». Sin embargo, la referencia a «cualquier pena impuesta», debe entenderse como cualquier pena privativa de libertad, con independencia de su duración. En estos casos se podrá suspender la pena privativa de libertad, «salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo».

En cuanto a las penas privativas de libertad que pueden suspenderse, como regla general, se establece que serán las *no superiores a dos años* (art. 80.1), aunque con *dos excepciones*: la que se acaba de mencionar de los enfermos muy graves con padecimientos incurables (**art. 80.4**), y el caso de sujetos que hayan cometido el delito a causa de su dependencia a las sustancias señaladas en el nº 2 del art. 20, es decir, de toxicómanos o alcohólicos, en cuyo caso podrán suspenderse penas privativas de libertad de hasta cinco años de duración (**art. 87.1 CP**)<sup>136</sup>.

Con respecto a las penas accesorias, no se dice nada expresamente, pero, dado que no se trata de penas privativas de libertad, que son las úni-

136. Específicamente sobre este supuesto, entre otros, ALCÁ CER GUIRAO, «La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código penal», ADPCP 1995, 887 ss.; GONZÁ LEZ CASSO, «La suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales: los artículos 80 nº 4 y 87 del Código Penal», PJ 54 (1999), 91 ss.; HERRERO ALBEDO, «La suspensión de la pena privativa de libertad: estudio del artículo 87 del Código Penal», RP 9 (2001), 27 ss.

cas a las que se refiere el art. 80 CP, parece que habrá que entender que no quedarían en suspenso, aunque sí lo haya hecho la pena principal<sup>137</sup>.

Por último, que se suspenda la ejecución de la pena privativa de libertad no quiere decir que se suspenda también la responsabilidad civil. «La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados» (**art. 80.3 CP**).

### b) *Criterios*

En el **art. 80.1 CP** (en la redacción dada por la LO 15/2003) se mencionan como criterios fundamentales para dilucidar si se suspende o no la ejecución de la pena los dos siguientes: la «peligrosidad criminal del sujeto» y la «existencia de otros procedimientos penales» contra el penado.

Pudiera sorprender, en primer lugar, que una cuestión referente a la pena se adopte como criterio el de la peligrosidad. Sin embargo, estamos de acuerdo con GRACIA MARTÍN<sup>138</sup>, en que ello no supone ninguna confusión entre los fundamentos de la pena y los de las medidas de seguridad.

La pena se justifica en el delito cometido y además en la necesidad para evitar delitos futuros de la generalidad o del autor. La peligrosidad criminal es un criterio de necesidad de la pena, que la limita, pero ello no impide que la misma haya sido determinada con arreglo a la medida de lo injusto del hecho y de la culpabilidad del autor. De lo que se trata es de decidir si la pena justa determinada con arreglo al injusto y a la culpabilidad puede ser suspendida o no en función de la necesidad que quepa inferir en virtud de la peligrosidad criminal del sujeto. De todos modos, el criterio de la peligrosidad es el fundamental, pero ello no excluye que puedan tenerse

137. Esta es la opinión mayoritaria de la doctrina (por todos, GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*<sup>3</sup>, 301). Sin embargo, hay que destacar la opinión contraria de un sector doctrinal cada vez más relevante, en virtud de la cual las penas accesorias seguirían la misma suerte que las principales. Véase en este sentido, por todos, GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, «Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias», LL 2004-5, 1274 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «La suspensión condicional de la ejecución de la pena principal privativa de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio», AP 1999, 751 ss.

138. GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*<sup>3</sup>, 308.

en cuenta otros criterios como los relativos a la prevención general y a la reafirmación del ordenamiento jurídico.

Si el primero de los criterios atiende a la prevención especial, el segundo de los criterios, el que penado no tenga abiertos «otros procedimientos penales», por el contrario, atiende a la prevención general. Este criterio puede disminuir, en gran medida, el ámbito de operatividad que hasta ahora tenía la suspensión, puesto que afecta considerablemente al primero de los requisitos de la suspensión: que se trate de un delincuente primario.

### c) *Requisitos*

1. Los requisitos para que se pueda declarar la suspensión de la ejecución de la pena impuesta vienen establecidos, con carácter general, en el **art. 81 CP**. Según este precepto, «serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1ª. «Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código» (*infra* § 46.2).

Según la opinión mayoritaria, el concepto «delinquir» se interpreta en sentido estricto, es decir, que quedan excluidas las faltas. Por lo tanto, sólo se entendería que no reúnen este primer requisito aquellos que hubiesen cometido delitos dolosos cuyos antecedentes no hubiesen sido cancelados. No obstante, esto no quiere decir que el resto pueda ver suspendida su pena. Como hemos visto, la LO 15/2003 ha previsto como criterio fundamental para la concesión de la suspensión, además de la peligrosidad del sujeto, la existencia de otros procedimientos penales contra el penado. Así pues, la reforma de 2003 ha dejado prácticamente carente de virtualidad la interpretación restrictiva que hasta ahora efectuaba la doctrina de este primer requisito<sup>139</sup>.

139. Sobre ésta y otras novedades de la reforma de 2003 en materia de suspensión, véase, entre otros, LÓPEZ LORENZO, «La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal», LL-Penal 9 (2004), 31 ss.

2ª. «Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa».

La LO 15/2003 ha hecho desaparecer una discrepancia que antes existía en torno a los límites temporales de las penas susceptibles de suspensión<sup>140</sup>. Antes el art. 80.1 aludía a las penas inferiores a dos años y el art. 81.2 a las penas no superiores a dos años. Esta discrepancia se resolvía en favor de la segunda, y por esta misma solución ha optado el legislador de 2003. Así pues, se pueden suspender penas de dos años, exactamente, de duración.

En el caso de que se hayan impuesto varias penas, por ejemplo en concurso real de delitos, no cabe declarar una suspensión individualizada, sino que habrá que sumarlas todas y ver si dicha suma supera el límite de los dos años o no.

Por otra parte, la LO 15/2003, siguiendo el criterio sentado por la Consulta de la Fiscalía General del Estado núm. 4/1999, de 17 de diciembre, aclara que debe excluirse del cómputo de las penas privativas de libertad a efectos de su suspensión la responsabilidad personal subsidiaria. Esta solución es muy acertada por una sencilla razón: teniendo en cuenta que el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria no depende del multado, sino que depende del fracaso de la vía de apremio, sería totalmente injusto que a quienes se impusiese una pena de prisión de dos años y una multa, la posibilidad de suspender aquélla dependiese exclusivamente de la capacidad económica del penado. Quien pudiese pagarla suspendería la pena de prisión, quien no pudiese tendría que cumplirla.

Por último, conviene dejar constancia de que al no haber desaparecido por completo la posibilidad de imponer la pena de arresto de fin de semana (*supra* § 10), pero haber sido derogada la regulación de esta pena, se planteará la duda de si puede o no ser suspendida esta pena privativa de libertad. Para calcular la suma de los dos años de privación de libertad, antes se acudía al módulo general previsto en el art. 37 CP, en virtud del cual cada arresto de fin de semana equivalía a dos días de privación de libertad.

140. Aunque no del todo, pues a la hora de fijar los plazos de suspensión en el art. 80.2 CP se sigue refiriendo a las «penas privativas de libertad inferiores a dos años».

Ahora este módulo no está vigente, y lo único que nos puede indicar un cierto módulo para el cómputo es la **DT 11<sup>a</sup>.1**, que ha sustituido en las leyes penales especiales las antiguas penas de arresto mayor y de arresto menor, por las de arresto de siete a quince fines de semana y la de arresto de uno a seis fines de semana, respectivamente. La *ratio* que se podría deducir de esta disposición sería que un arresto de fin de semana equivaldría a doce días de privación de libertad, para el caso del arresto mayor, y de cinco días de privación de libertad, para el caso del arresto menor<sup>141</sup>.

3<sup>a</sup>. «Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas».

La satisfacción de la responsabilidad civil no es una condición necesaria para la concesión de la suspensión, pues si el condenado no dispone de medios económicos suficientes, sencillamente, se prescindirá de este requisito.

2. Para los *supuestos especiales de suspensión* se establecen algunas condiciones especiales. En el caso de penados aquejados de una enfermedad grave con padecimientos incurables no se requiere ninguna de estas tres condiciones, pero se establece como requisito específico que en el momento de la comisión de delito no tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo (art. 80.4).

En el caso de penados alcohólicos o toxicodependientes que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias

---

141. El arresto mayor tenía un máximo de duración de 6 meses. Ahora esos 6 meses se convierten en 15 fines de semana. Si dividimos 6 meses (=180 días) entre 15, nos da que cada arresto de fin de semana equivale a 12 días de arresto mayor de antes.

El arresto menor tenía un máximo de un mes. Ahora ese mes equivale a 6 arrestos de fin de semana. Si dividimos 1 mes (=30 días) entre 6, nos da que cada arresto de fin de semana equivale a 5 días de arresto menor de antes.

Claro está que si la referencia que tomásemos, en vez del máximo, fuese el mínimo, la *ratio* que obtendríamos sería distinta. Por eso, el módulo de conversión que hemos expresado en el texto es simplemente una sugerencia, y no tiene por qué ser obligatoriamente ese.

señaladas en el nº 2 del art. 21, el **art. 87 CP** establece otros requisitos específicos, acordes con la situación de estas personas. El apartado 1º de este artículo dispone que, «aun cuando no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el artículo 81, el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión». Para constatar estos extremos, continúa el art. 87.1, «el juez o tribunal solicitará en todo caso informe del médico forense».

Hay que señalar en este punto que la LO 15/2003 ha introducido dos novedades importantes en este apartado, y las dos, a nuestro juicio, elogiadas. Por una parte, y en correspondencia con la nueva clasificación de las penas, se eleva la posibilidad de suspensión de penas de hasta tres años a penas de hasta cinco años. Por otra parte, esta suspensión resulta aplicable también a los delincuentes habituales, a quienes antes se negaba tal posibilidad.

Ambas novedades pretenden extender el ámbito de aplicación de la suspensión de la pena para favorecer la desintoxicación de aquellas personas que hubiesen cometido el delito a causa de su dependencia a estas sustancias. Con ello se pretende conseguir su mejor rehabilitación, lo cual, como decíamos, parece elogiado.

En esta dirección preventivo especial se orienta también lo dispuesto en el **art. 87.2 CP**, según el cual «en el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor».

En virtud de esta disposición se prescinde del requisito general para conceder la suspensión de haber delinquirido por primera vez. En algunos casos, que el juez valorará motivadamente, habrá que entender que prevalece la expectativa existente de rehabilitación del sujeto y la conveniencia de no frustrar la evolución positiva del tratamiento, por un lado, sobre la

ejecución de la pena, por otro. Y como hemos visto, tras la reforma de 2003 esto resulta posible incluso en el caso de delincuentes habituales, que por otra parte, suele ser también muy frecuente que sean toxicodependientes.

#### d) *Procedimiento de la suspensión*

La suspensión de la ejecución de la pena es discrecional. Sin embargo, ello no quiere decir que no exista necesidad de motivar la decisión<sup>142</sup>. Al contrario, si faltase dicha motivación podría dar lugar incluso a un recurso de amparo constitucional. La suspensión ha dejado de ser obligatoria también en los delitos perseguibles a instancia del agraviado cuando éste lo solicitaba, aunque en ellos el Juez o Tribunal habrá de oír a éste o a quien le represente antes de tomar su decisión, a tenor de lo dispuesto en el **art. 86 CP**.

La concesión de la suspensión debe ser objeto de un pronunciamiento expreso del Juez o Tribunal sentenciadores y con posterioridad a la firmeza de la sentencia, lo cual es obvio, pues de acuerdo con el **art. 141 LECr** solamente puede formarse la ejecutoria si existe una sentencia firme.

El **art. 82 CP** establece que «declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los Jueces o Tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena».

En este punto la LO 15/2003 ha introducido una significativa novedad, pues se *ha suprimido la Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes* donde se inscribían las penas suspendidas<sup>143</sup>. Esta Sección especial pretendía evitar los efectos negativos que los antecedentes penales

142. Con carácter general, véase, entre otros, GARCÍA ARÁN, «Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad», LH-Jiménez de Asúa (1986), 313 ss.

143. El art. 82 CP/1995, en su redacción originaria, continuaba diciendo: «Mientras tanto, no comunicarán ningún antecedente al Registro Central de Penados y Rebeldes. – Si el Juez o Tribunal acordara la suspensión de la ejecución de la pena, la inscripción de la pena suspendida se llevará a cabo en una Sección especial, separada y reservada de dicho Registro, a la que sólo podrán pedir antecedentes los Jueces o Tribunales».

podiesen desplegar en orden a la reinserción del reo. Ni siquiera operaba a efectos de la aplicación de la agravante de reincidencia.

Ahora las penas, aunque estén suspendidas, se rigen por el régimen general de inscripción, quedando así suprimido el tratamiento privilegiado que tenían los condenados que obtenían la suspensión de la pena.

La resolución judicial se comunicará a los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia (**art. 16 RD 515/2005**). Estos servicios elaborarán un *plan de intervención y seguimiento* (**art. 17 RD 515/2005**), en atención al estudio de la situación de penado, deducida del análisis de la documentación recibida, de una entrevista con el penado y de la información recibida de los centros o servicios donde realiza o va a realizar el tratamiento o programa. Dicho plan se elevará al juez o tribunal sentenciador para su aprobación o rectificación.

Una vez recibida la resolución del órgano judicial en la que se aprueba el plan de intervención y seguimiento, los servicios sociales penitenciarios remitirán el caso al servicio o centro correspondiente para que el penado inicie o continúe el tratamiento o programa (**art. 18 RD 515/2005**).

### e) *Plazos y condiciones de la suspensión*

1. Según el **art. 80.2 CP**, «el *plazo de suspensión* será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena».

Esta diferenciación de plazos no rige, sin embargo, para la suspensión de la pena en los supuestos de toxicodependencias, en cuyo caso, el **art. 87.3 CP** establece que «la suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años».

La determinación del plazo de la suspensión se confía también al arbitrio judicial, pero el Código establece como criterios orientativos los de las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.

Debe ser también una decisión motivada, por lo que el órgano sentenciador deberá oír a las partes: no sólo al penado, sino también al Ministerio Fiscal y al acusador particular, si es que lo hubiera.

2. En cuanto a las *condiciones de la suspensión*, la condición más importante, como establece el **art. 83.1 CP**, es la de no delinquir durante el período de prueba, y se suele interpretar la expresión que «no delinca» en el mismo sentido en que vimos que se hacía para el art. 81 CP, es decir, en sentido estricto, como comisión de un delito, y no de una falta, y además, deberá ser doloso y no imprudente. No obstante, hay que tener en cuenta que esta interpretación restrictiva se encuentra muy condicionada por el criterio general de concesión de la suspensión que atiende no sólo a la peligrosidad del autor, sino también a la existencia de otros procedimientos penales contra éste.

Para que la condición pueda estimarse incumplida, y proceda entonces la revocación de la suspensión, se suele entender que no basta con que los hechos delictivos hayan sido cometidos por el sujeto durante la vigencia del plazo de suspensión, sino que será preciso, además, que la sentencia firme que condene al sujeto por tales hechos sea pronunciada asimismo durante dicho plazo de suspensión. No obstante, debido a que el procedimiento puede dilatarse bastante, también se ha sugerido la posibilidad de que la pena suspendida se cumpla posteriormente, una vez transcurrido el plazo de suspensión y haber recaído sentencia firme. Sin embargo, existen varios argumentos en contra de esta posibilidad. Quizás el de mayor fuerza sea que no puede afirmarse que ha delinquido durante el plazo de suspensión si no ha recaído sentencia condenatoria firme durante el mismo, pues no existe certeza absoluta de que ha cometido esos hechos si la sentencia no es firme; y si no ha delinquido entonces se habrá cumplido la hipótesis del art. 85.2 CP, cuya consecuencia es la remisión de la pena. Si ésta equivale al cumplimiento de la misma, habrá que entender que se ha extinguido la responsabilidad penal según lo dispuesto en el art. 130.3 CP (*infra* § 45.3), y no se podría obligar al condenado a cumplir la pena suspendida y ya cumplida.

3. Para los casos en que la pena que se suspenda sea la de prisión, el **art. 83.1 CP** también prevé la posibilidad, si el Juez o Tribunal sentenciador lo estima necesario, que se puedan imponer unas determinadas *reglas de conducta*. Estos deberes y reglas de conducta tienen en común su finalidad

de evitar la recaída en el delito y reforzar las condiciones de resocialización del sujeto, y son los siguientes:

- 1.º Prohibición de acudir a determinados lugares.
- 2.º Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos [esta condición fue incluida por la LO 14/1999].
- 3.º Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.
- 4.º Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.
- 5.º Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.
- 6.º Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona».

Con carácter general, la imposición de estas reglas de conducta es una facultad del juez o tribunal sentenciador («si lo estima necesario», dice el art. 83.1). Sin embargo, para el caso de los delitos relacionados con la violencia de género, y pensando en la protección de las víctimas de malos tratos, la LO 15/2003 ha convertido esta facultad en obligación, y en caso de suspensión de la pena, ésta se condicionará a la prohibición de acudir a determinados lugares (por ejemplo, al domicilio y al lugar de trabajo de la víctima) y a la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos (art. 83.1 *in fine* CP). Posteriormente, y desde una perspectiva de conseguir la rehabilitación de los maltratadores, la **LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género** ha añadido, también con carácter obligatorio, el sometimiento de los maltratadores a la participación en programas formativos y de tratamiento psicológico (art. 33 LO 1/2004, que da nueva reacción al último párrafo del art. 83.1 CP)<sup>144</sup>.

144. Sobre los programas de rehabilitación de maltratadores, véase, entre otros, LARRAURI PIZOAN, «¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?», LH-Bacigalupo Zapater (2004), 359 ss.; MAGRO SERVET, «La aplicación de los planes

Esta reforma introduce *dos novedades* importantes. En primer lugar, la citada obligatoriedad para los maltratadores a los que se suspende la pena de prisión impuesta de que participen en programas de tipo formativo y de tratamiento psicológico. Y en segundo lugar, el ámbito de operatividad de dicha obligatoriedad se extiende a todos los delitos relacionados con la violencia de género, que no son sólo los de «los artículos 153 y 173.2» del CP, a los que se circunscribía únicamente el art. 83.1 *in fine* CP en la redacción dada por la LO 15/2003. La LO 1/2004 delimita expresamente lo que se considera «*violencia de género*». Según el **art. 1.1 LO 1/2004**, la violencia de género comprende todo tipo de «violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Y según el **art. 1.3 LO 1/2004**, esa violencia de género se concreta en «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad». Por tanto, la imposición de reglas de conducta en el supuesto de suspensión de una pena privativa de libertad será de carácter obligatorio para toda violencia de género. La restricción de que dicha violencia sea constitutiva de delito es irrelevante, pues dicha violencia, tras las últimas reformas (LO 11/2003 y LO 1/2004), siempre es constitutiva de delito (véanse los arts. 153.1 y 2, 163 ss., 171.4 y 5, 172.2, 173.2, 178 ss. CP). No me parece irrelevante, en cambio, que este régimen se refiera únicamente a la violencia, como dice el art. 1 LO 1/2004, se ejerza sobre las mujeres por parte de los hombres. A mi modo de ver, en una interpretación gramatical y sistemática de la expresión «delitos relacionados con la violencia de género» el régimen especial de suspensión y sustitución de penas privativas de libertad en dicho ámbito de delincuencia resulta aplicable únicamente a los hombres, pero no a las mujeres, cuando sean autoras de dichos delitos, las cuales se regirán por las reglas generales que disciplinan estos substitutivos penales<sup>145</sup>.

---

formativos de reeducación de maltratadores: una alternativa a la prisión en la lucha contra la violencia doméstica», LL 2004-2, 1718 ss. [=AJA 630 (1 julio 2004)].

145. Sobre la introducción de la discriminación positiva de la mujer en el ámbito de la violencia familiar llevada a cabo por la LO 1/2004, de 28 de diciembre,

Resulta, por lo menos, llamativo, que en un momento político en el que se reclamaban reformas en el Derecho civil para conseguir una equiparación en derechos entre las parejas homosexuales y las heterosexuales, sin embargo, a efectos penales se haya decidido que esté menos castigado pegar a tu pareja si eres homosexual que si eres un hombre heterosexual.

Se podrá estar o no de acuerdo con la decisión que ha seguido el legislador al introducir estos tipos agravados desde la perspectiva de género y otras reformas similares<sup>146</sup>, que a mí, personalmente, me parecen

---

véase, entre otros, BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)», LL 2004-5, 1574 ss., quienes se muestran críticos al respecto, aunque intentan dar una interpretación que pueda justificar el trato discriminatorio. Estos autores encuentran dicho fundamento, por una parte, en una mayor gravedad del injusto, por cuanto que “el hombre, en la realización de estas conductas, ejerce su posición dominante en la relación de pareja con una mujer, de manera que el abuso de poder en dicha relación es lo que fundamenta una mayor gravedad de lo injusto”, y por otra parte, en una mayor culpabilidad, “puesto que el motivo que impulsa al autor a cometer el delito es la discriminación por razón del «sexo femenino», con lo que nos encontramos con un elemento subjetivo de la culpabilidad que excluye claramente las agresiones de mujeres contra sus parejas femeninas” (1577), y –añado yo– de los hombres contra sus parejas masculinas.

Para FARALDO CABANA, en cambio, quien en términos generales se muestra favorable con la introducción de la discriminación positiva de la mujer, el fundamento de una mayor pena se encuentra no “en una mayor peligrosidad del autor ni en el móvil, discriminatorio o de otro tipo, sino en la mayor necesidad de protección de la víctima debida no a una supuesta debilidad física o vulnerabilidad innata, sino al efectivo y real desvalimiento que padece en la relación de pareja, desvalimiento construido socialmente a través de la educación, de la religión, de la política..., en fin, a través de la imposición de los roles familiares tradicionales” [«Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género», RP 17 (2006), 90].

146. Por ejemplo, la Disp. Adic. 1ª.3 de la LO 1/2004 establece que «no tendrá la consideración de beneficiario, a título de víctima indirecta, de las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, quien fuera condenado por delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando **la ofendida** fuera su cónyuge o excónyuge o persona con la que estuviera o hubiera estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del

discutibles<sup>147</sup>. Sin embargo, creo que resulta más criticable el tratamiento discriminatorio en el régimen de suspensión y sustitución de las penas. La justificación de que la aplicación de los sustitutivos penales se condicionen al cumplimiento de determinadas reglas de conducta estriba fundamentalmente en razones preventivo especiales, es decir, para prevenir que el reo vuelva a cometer un delito en el futuro. Pues bien, creo que dichas razones preventivas pueden darse también en el supuesto de hombres homosexuales y de mujeres heterosexuales que cometan estos delitos, y antes de denegar la suspensión o la sustitución, puede resultar adecuado, desde un punto de

---

fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia».

Recientemente, el RD 199/2006, de 17 de febrero, por el que se modifican varios reglamentos sobre compensación a víctimas de determinados delitos, ha introducido algunos preceptos nuevos en el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, con la finalidad de excluir de las ayudas al cónyuge o conviviente condenado por la comisión del delito. Sin embargo, vuelve a referirse únicamente a aquellos supuestos en los que «**la fallecida** fuera su cónyuge o persona con la que estuviera o hubiera estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual». Llama la atención que se haya suprimido del Reglamento la referencia al «excónyuge» y a la limitación temporal de convivencia de «dos años anteriores al momento del fallecimiento» o de «descendencia en común», que sí figuran en la Ley, y que habrá, por tanto, que respetar.

¿Quieren decir estas disposiciones que si la víctima fuera un hombre el condenado no quedaría excluido de las ayudas? Quizás se haya omitido, queremos pensar que inconscientemente, el sustantivo «persona», tanto en la LO 1/2004 como en el RD 199/2006, de tal manera que se refieren en realidad a «la [persona] ofendida» y a «la [persona] fallecida», respectivamente.

147. A favor, entre otros, COMAS D'ARGEMIR I CENDRA/QUERALT JIMÉNEZ, «La violencia de género: política criminal y ley penal», LH-Rodríguez Mourullo (2005), 1185 ss.; DE ELENA MURILLO, «La Ley sobre Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género desde la institución de la discriminación positiva en su perspectiva penal. Los nuevos tipos penales», LL 2006-1, 1479 ss.; FARALDO CABANA, RP 17 (2006), 72 ss., aunque matiza que el aplauso que merece es "tímido" (92); FUENTES SORIANO, «La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», LL 2005-5, 1153 ss.; LÓPEZ ÁLVAREZ/GONZÁLEZ DE HEREDIA/ORTEGA GIMÉNEZ, «Reflexiones multidisciplinarias acerca de la violencia de género», LL nº 6440, 14 marzo 2006; QUERALT JIMÉNEZ, «La última respuesta penal a la violencia de género», LL 2006-1, 1423 ss.

En contra, BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, LL 2004-5, 1574 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «Prólogo» a la 10ª ed. del *Código penal* de la Ed. Tecnos, Madrid, 2004, 18 ss.; entre otros.

vista positivo, adoptar la obligación de que participe en programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, igual que se ha previsto para los hombres maltratadores heterosexuales, y desde un punto de vista negativo, imponer la prohibición de aproximarse a la víctima o de comunicarse con ella.

Según el **apartado 2 del art. 83 CP**, «los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas»<sup>148</sup>. Se ha previsto un régimen de control del cumplimiento de estas reglas de conducta, sin embargo, no se ha previsto uno de los aspectos más característicos de la *probation* anglosajona, como es que durante el período de prueba se preste ayuda al condenado por parte de los organismos asistenciales de instituciones penitenciarias. Las disposiciones previstas en el **RD 515/2005** son muy escasas en este sentido, y simplemente se limitan a establecer que «los servicios sociales penitenciarios durante el período de suspensión efectuarán el control de las condiciones fijadas en la resolución judicial y en el plan de intervención y seguimiento».

Por último, en el régimen de suspensión para toxicómanos, se establece en el **art. 87.4 CP**, que «en el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización». La LO 15/2003 ha aclarado, cosa que antes no se hacía, que la supervisión por parte del juez o tribunal será con una periodicidad no superior al año. Por ejemplo, se le deberá informar cada seis o nueve meses de como evoluciona el tratamiento de deshabituación.

148. El **art. 20.2 RD 515/2005** impone a los servicios sociales penitenciarios que informen en todo caso «cuando las circunstancias personales del penado se modifiquen, cuando se produzca cualquier incumplimiento de las reglas de conducta impuestas y cuando se cumplan las obligaciones impuestas».

### f) *Quebrantamiento de las condiciones de la suspensión*

Durante el período de suspensión los servicios sociales penitenciarios efectuarán el control de las condiciones fijadas en la resolución judicial y en el plan de intervención y seguimiento (**art. 19 RD 515/2005**).

Si el sujeto quebranta las condiciones de la suspensión, el **art. 84 CP** establece determinadas consecuencias que varían según se trate de la obligación principal o de las reglas de conducta.

1. Si el sujeto incumple la obligación principal, esto es, delinque durante el plazo de suspensión, a tenor de lo dispuesto en el **art. 84.1 CP**, «el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena». Y según el **art. 85.1 CP**, «revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena».

A este respecto, hay que advertir que, en concordancia con la desaparición llevada a cabo por la LO 15/2003 de la Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes donde se inscribían las penas suspendidas, que ahora pasan a regirse por el régimen general de inscripción, como si de cualquier otra pena se tratase, se ha procedido también a suprimir del **art. 85.1** la consecuencia que llevaba aparejada la revocación de la suspensión, esto es, «la inscripción de la misma en el Registro Central de Penados y Rebeldes». No hace falta dicha inscripción, porque la pena ya está inscrita.

Para el caso especial de los toxicómanos, la revocación de la suspensión procederá «si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas» (**art. 87.5 párr. 1º CP**), lo cual significa que para estos casos la revocación procede no sólo cuando el penado haya infringido la obligación principal de no delinquir, sino también cuando no se haya observado la condición específica de no abandonar el tratamiento de deshabitación.

2. En el caso de que el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión alguna de las reglas de conducta impuestas, el Juez o Tribunal tendrá que distinguir según que éstas sean de carácter facultativo o de carácter imperativo.

Si fuesen de carácter facultativo, el órgano judicial podrá, según lo dispuesto en el **art. 84.2 CP**, adoptar las siguientes decisiones, previa audiencia de las partes, según los casos:

- a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.
- b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.
- c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.

En el caso de que las reglas de conducta fuesen las de obligatoria imposición, su incumplimiento se equipara a la infracción de la obligación principal de la suspensión, según lo dispuesto en el **art. 84.3 CP** (apartado introducido por la LO 15/2003 y reformado por el art. 34 LO 1/2004). Estas reglas de conducta recordemos que son para el caso de los delitos relacionados con la violencia de género las de prohibición de acudir a determinados lugares, de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, y de participar en programas de tipo formativo o de tratamiento psicológico (art. 83.1 *in fine* CP en la redacción dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre). Por tanto, en estos casos, el incumplimiento de estas reglas de conducta comporta la revocación de la suspensión.

### g) *Cumplimiento de las condiciones de la suspensión*

A tenor de lo dispuesto en el **art. 85.2 CP**, «transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena».

De la misma manera que se ha hecho para la revocación, en el caso de la remisión de la pena, y tras la supresión de la Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes, ya no tiene sentido la disposición que se contenía en el art. 85.2 CP, en virtud del cual se debía ordenar «la cancelación de la inscripción hecha en la Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes», añadiendo que «este antecedente penal no se tendría en cuenta a ningún efecto». Ahora la suspensión de la pena se rige por el sistema general de inscripción, por lo que aunque la pena haya sido suspendida y no haya sido revocada, puede ser tenida en cuenta, por ejemplo, a efectos de la aplicación de la agravante de reincidencia.

En el caso de los toxicómanos, el **art. 87.5 párr. 2º CP** dispone que «transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabituación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, [si no hay continuidad del tratamiento o persiste la dependencia], ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años».

## 2. La sustitución

Además de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, el CP ha previsto la posibilidad de que, en determinados casos, el Juez o Tribunal sustituya la pena de prisión señalada por la ley por otra que no suponga la privación de libertad<sup>149</sup>.

Esta institución se basa fundamentalmente en razones de prevención especial, pero también en razones de reafirmación del ordenamiento jurídico y de prevención general, que conducen no como en la suspensión a dejar de ejecutar una pena, sino a la ejecución de otras sanciones menos graves, como son la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad<sup>150</sup>.

La «sustitución de las penas privativas de libertad» se encuentra regulada en la Secc. 2ª del Cap. III del Tít. III del Lib. I del CP (arts. 88 y 89), y ha sido objeto de dos importantes reformas: una por LO 11/2003, de 29 de septiembre, y otra por LO 15/2003, de 25 de noviembre<sup>151</sup>.

149. Con carácter general, véase, entre otros, GARCÍA ARÁN, «La sustitución», en *Las penas en el Código Penal de 1995*, Ed. CGPJ/Generalitat, 1999, 133 ss.; LÓPEZ CONTRERAS, *La sustitución de penas privativas de libertad (aspectos procesales y penales)*, Ed. Instituto Vasco de Derecho procesal, San Sebastián, 2004.

150. MAPELLI CAFFARENA considera que estos otros criterios ya han sido tenidos en cuenta en los requisitos objetivos que deben concurrir para poder otorgar este beneficio (duración de la condena y primariedad delictiva), y que la decisión a favor de la suspensión o de la sustitución, “para que sea equilibrada ha de hacerse, ahora, exclusivamente, en base a consideraciones resocializadoras” (*Las consecuencias*<sup>4</sup>, 125).

151. Sobre las últimas reformas que ha experimentado la sustitución, véase, entre otros, LÓPEZ LORENZO, «La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003,

En realidad cabe hablar de **dos clases de sustitución**: una *obligatoria* y otra *facultativa*. La sustitución prevista en esta Sección es, con alguna matización, facultativa, pero ya hemos comentado en otro momento, que existe un precepto, el **art. 71.2 CP**, que obliga a sustituir la pena de prisión cuando por la aplicación de las reglas de determinación de la pena ésta quede por debajo de los tres meses de duración. En este caso será obligatoriamente sustituida conforme a lo dispuesto en la Sección en que se regula la sustitución de las penas privativas de libertad. Por tanto, el órgano judicial no tiene posibilidad alguna de no decretar la sustitución.

La remisión *in toto* a esta Sección plantea, no obstante, algún problema interpretativo. Por ejemplo, se plantea la duda de si es necesario que el sujeto reúna el requisito subjetivo consistente en que no se trate de un reo habitual. La doctrina considera que procederá la sustitución también en estos casos, dado el carácter preceptivo de la sustitución. El art. 71.2 CP dice «en todo caso».

Otra excepción a lo establecido en el art. 88 CP está constituida por la necesidad de que esta sustitución obligatoria se efectúe en la propia sentencia, y no posteriormente mediante auto. Ello es así, pues en realidad dicha sustitución obligatoria es una regla de determinación de la pena, y la pena ha de quedar determinada en la sentencia, como exige el principio de legalidad.

Dejando al margen estas excepciones, en los demás aspectos resultan de aplicación las normas contenidas en dicha Sección, en particular lo que se refiere a la audiencia a las partes, los módulos de conversión, la imposición o no de reglas de conducta, etc.

Decíamos que la sustitución de la Secc. 2ª del Cap. III del Tít. III del Lib. I es, salvo con alguna matización, facultativa. Pues bien, esta matización ha sido introducida por la **LO 11/2003, de 29 de septiembre**, en virtud de la cual la sustitución prevista en el **art. 89 CP** de la privación de libertad por la expulsión del territorio español, pasa a convertirse en *obligatoria*, si bien excepcionalmente es posible también renunciar a dicha expulsión.

---

de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal», LL-Penal 9 (2004), 31 ss.; PRAT WESTERLINDH, *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

Entre la sustitución facultativa hay que mencionar también lo dispuesto en el **art. 53 CP**, que a nuestro modo de ver contempla también la posibilidad de sustituir la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, de esta sustitución nos ocuparemos más adelante, al examinar la pena de multa [*infra* § 21.5.c)]. Aquí nos vamos a centrar, por tanto, en el régimen general de sustitución previsto en los arts. 88 y 89 CP, sin perjuicio de hacer alguna referencia en algún punto concreto a la sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

#### a) *Penas sustituibles y penas substitutivas*

1. Según el **art. 88.1 CP**, «los Jueces o Tribunales podrán sustituir... las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate... – Excepcionalmente, podrán los Jueces o Tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social».

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha modificado significativamente el régimen de la sustitución en este punto. A este respecto, cabe destacar que dicha ley ha introducido **dos importantes novedades**:

- En primer lugar, y en concordancia con su propósito de suprimir la pena de arresto de fin de semana por completo, *ha eliminado la posibilidad*, que antes se reconocía, de que *el arresto de fin de semana sustituyese a una pena de prisión* de hasta un año de duración (excepcionalmente hasta dos años). Asimismo, y como es lógico, al desaparecer el arresto de fin de semana como pena principal (salvo lo que ya hemos visto respecto de las leyes penales especiales), se ha suprimido la posibilidad de que el propio arresto de fin de semana fuese sustituido por la pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad<sup>152</sup>.

152. Por este motivo no vamos a hacer mención a los problemas que planteaba la anterior regulación en cuanto a la conversión de prisión en arrestos de fin de semana

- Y en segundo lugar, con la intención de potenciar el papel de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, *se permite que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad sustituya a la pena de prisión*, que además se puede combinar junto con la pena de multa. En efecto, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad tenía hasta ahora un escasísimo papel, circunstancia sobre la cual había llamado la atención la doctrina reclamando que se aumentase el protagonismo de esta pena. Antes esta pena estaba limitada exclusivamente a servir como sustitutivo de la pena de arresto de fin de semana y de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, pero nunca podía sustituir una pena de prisión ni imponerse como pena principal. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ya lo veremos con mayor detenimiento más adelante [*infra* § 13.2.b).i.], ha incorporado a nuestro ordenamiento estas otras dos importantes funciones para la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

2. Además, el **art. 89.1 CP** dispone que «las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España *serán sustituidas en la sentencia* por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.– Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, *acordarán en la sentencia* la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.– La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal.– La

---

y a la sustitución de la pena de arresto de fin de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, aunque todavía pudiese aplicarse transitoriamente para aquellos hechos cometidos antes del 1 de octubre de 2004.

expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.– En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente».

«El extranjero no podrá regresar a España en un plazo diez años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena» (**art. 89.2 CP**).

La reforma producida por LO 11/2003 ha introducido un régimen mucho más severo que el anterior, y es muy criticable, entre otras cosas, porque se generaliza el criterio de expulsar automáticamente al extranjero que reside ilegalmente en España y comete un hecho delictivo<sup>153</sup>. «Se trata de evitar –dice la Exposición de Motivos de esta Ley– que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto». Pero en el fondo, lo que subyace a esta disposición, y también al nuevo art. 108 CP, que prevé una sustitución equivalente para las medidas de seguridad, es no poner ninguna traba a la medida administrativa de expulsión<sup>154</sup>. Parece

153. Sobre esta reforma en particular, véanse, entre otros, MUÑOZ LORENTE, «La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003», RDPC n° extraord. 2 (2004), 401 ss.; DE LA ROSA CORTINA, «La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003», LL 2004-3, 1917 ss.

154. La LO 11/2003 ha modificado también el art. 57.7 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en virtud del cual procede la inmediata expulsión por vía gubernativa si se tiene constancia de que un extranjero se encuentra procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta:

«7. a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.

que se produce con ello, como ha denunciado la doctrina, una subordinación del Derecho penal a la política de inmigración<sup>155</sup>. No obstante, últimamente la jurisprudencia pone cierto coto a dicha facultad de expulsión<sup>156</sup>.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6ª, 517 y 518 del Código Penal».

155. Sobre la expulsión de los extranjeros, véanse, entre otros, ASÚA BATARRITA, «Política criminal y política de extranjería. La expulsión como sustitutivo de la respuesta punitiva ordinaria», AP 2001, 1011 ss.; «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración», en Lorenzo Copello (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, 17 ss.; CANCIO MELIÁ, «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)», LH-Rodríguez Mourullo (2005), 183 ss.; CANTARERO BANDRÉS, «Inmigración y Derecho penal en España: líneas para una propedéutica jurídica», LH-Rodríguez Mourullo (2005), 1151 ss.; CUGAT MAURI, «La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho Penal», RdPP 6 (2002), 23 ss.; FLORES MENDOZA, «La expulsión del extranjero en el Código penal español», en Lorenzo Copello (coord.), *Inmigración y Derecho penal*, cit., 97 ss.; LAURENZO COPELLO, «Últimas reformas en el Derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión», JpD 50 (2004), 30 ss.; LÓPEZ MUÑOZ, «La incidencia de la jurisdicción en el procedimiento de expulsión de extranjeros que hayan cometido delitos en España», AP 2003, 565 ss.; MAQUEDA ABREU, «¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?», LH-Portero García (2001), 509 ss.; RUIZ RODRÍGUEZ y otros: *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2006.

156. Véanse, por ejemplo, las SSTs Sala 2ª de 1 y 8 julio 2004; o también ATS Sala 2ª de 24 mayo 2004, que anularon expulsiones a extranjeros por haberse conculcado el derecho a ser oído y el derecho a la asistencia letrada, respectivamente. Véase al respecto, entre otros, ARIAS SENSO, «Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio de 2004», LL 2005-1, 1497 ss.; DURÁN SECO, «El extranjero delincuente "sin papeles" y la expulsión (a propósito de la STS 8-7-2004)», RDPC 15 (2005), 307 ss.; LÓPEZ LORENZO, «Expulsión de extranjeros. Comentario a la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 901/2004 de 8 de julio», LL-penal 18 (2005), 78 ss.; MAGRO SERVET, «La expulsión automática de los inmigrantes en la sentencia penal en el art. 89.1 CP. (Sentencia del Tribunal Supremo 901/2004, de 8 de julio)», LL-Penal 14 (2005), 127 ss.; PALO-

Esta subordinación llega hasta tal punto que, cuando de penas iguales o superiores a 6 años se trata, la expulsión se convierte no en un sustitutivo de la prisión, sino del régimen penitenciario aplicable en las últimas etapas de cumplimiento de la pena. Si el sujeto reúne los requisitos necesarios para ser clasificado en tercer grado, es injusto, a nuestro modo de ver, que se sustituya el resto de pena por la expulsión. Hay que tener en cuenta que el tercer grado comporta la aplicación del régimen abierto, que, como dispone el **art. 102.4 RgtoP**, «se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad». Si pueden vivir en semilibertad, sin que comporten ningún riesgo de cometer nuevos delitos, no debería existir ninguna razón, salvo que sea de política de control migratorio, para que ese sujeto no pueda disfrutar del régimen abierto en nuestro país.

Por otra parte, según lo dispuesto en el **art. 89.4 CP**, «las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6.º 517 y 518 del Código Penal» [apartado redactado según Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social]. Paradójicamente no se incluye el art. 313 CP, que castiga a quien promueve o favorece la inmigración clandestina de trabajadores a España.

3. Por último, no hay que olvidar que el **art. 53 CP** prevé también que la privación de libertad subsidiaria en caso de impago de multa pueda ser sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad [*infra* § 21.5.c)].

4. De acuerdo con esta regulación, son **penas sustituibles**:

- la prisión: normalmente hasta un año, excepcionalmente hasta dos, y si se trata de extranjeros no residentes legalmente en España puede llegar hasta los seis años; y

---

MAR OLMEDA, A.: «Los derechos de los extranjeros: un filón para la jurisprudencia», AJA 637 (23 septiembre 2004), quien comenta estas resoluciones, y también otra en relación con estas cuestiones de la Sala 3ª (Secc. 6ª) de 10 junio 2004.

- la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Son **penas sustitutivas**:

- la multa, para la prisión (salvo para los delitos relacionados con la violencia de género);
- los trabajos en beneficio de la comunidad, para la prisión y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa;
- la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad conjuntamente, para la prisión que no exceda de dos años; y
- la expulsión del territorio nacional, para la prisión inferior a seis años si el condenado es un extranjero no residente legalmente en España, así como para el resto de la condena de prisión de seis o más años cuando el extranjero acceda al tercer grado o haya cumplido las tres cuartas partes de la misma<sup>157</sup>.

5. Hay que tener en cuenta también que en la Parte Especial del Código es frecuente que se prevean dos penas de modo alternativo, por ejemplo, prisión/multa o trabajos en beneficio de la comunidad/multa, incluso para las faltas se ha previsto también la combinación localización permanente/multa.

En la redacción originaria del CP/1995, y en particular en aquellas combinaciones que existían en que se prevenía de modo alternativo una pena de arresto de fin de semana y una multa, era frecuente que se produjese una cierta distonía si primero se imponía la pena que figuraba junto a la multa en la Parte Especial y luego se acudía a las reglas de sustitución previstas en el art. 88 CP<sup>158</sup>. La LO 15/2003 ha logrado subsanar, en gran medida, este

157. El art. 89 CP alude a las «penas privativas de libertad inferiores a seis años», con lo que la expulsión del territorio nacional también podría sustituir a la localización permanente y a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Sin embargo, consideramos que tiene razón MAPELLI CAFFARENA cuando considera que están “excluidas de este régimen de sustitución las penas leves procedentes de la comisión de faltas” (*Las consecuencias*<sup>4</sup>, 129).

158. Por ejemplo, el tipo atenuado de lesiones de escasa entidad del art. 147.2 CP, antes de la reforma operada por LO 11/2003, tenía prevista una pena de 7 a 24 arrestos de fin de semana o una multa de 3 a 12 meses. Si optábamos por imponer una pena de 7 arrestos de fin de semana, es decir, el mínimo, y luego acudíamos al art. 88 CP (que a la sazón establecía un módulo de conversión de cuatro cuotas de multa

tipo de descoordinación entre las disposiciones de la Parte Especial y las del Libro I del Código. Sin embargo, por lo que yo alcanzo a ver, creo que no se ha conseguido coordinar aritméticamente por completo unas y otras disposiciones. Es cierto que se ha evitado que cuando se impone primero la pena de prisión luego la pena que la sustituye no quede por debajo de la prevista en el precepto de la parte especial, y de este modo se ha evitado que se produzca una especie de burla a lo específicamente previsto para ese delito en concreto. Sin embargo, es posible apreciar una cierta desarticulación entre algunos preceptos en los que la pena de multa figura como alternativa a otra y las reglas de conversión previstas para el supuesto de impago de la sanción pecuniaria. La pura lógica, en estos casos, implicaría que la pena que finalmente se cumpla no debería ser nunca mayor que la que figurase como alternativa junto a la pena de multa, y sin embargo, esto no siempre sucede así (véase el art. 244.1 CP [*infra* § 21.5.c]). De todas formas, hay que reconocer que la situación ha mejorado considerablemente tras la aprobación de la LO 15/2003, pues salvo contadas excepciones, como la aludida, se ha conseguido prácticamente unificar los módulos de conversión entre penas, lo cual dota de mayor coherencia al sistema español de penas.

### b) Módulos de conversión de las penas

Para determinar la pena sustitutiva en las diversas hipótesis reguladas, el CP establece unos módulos de conversión. En relación con este aspecto concreto de la sustitución hay que resaltar que la nueva regulación dada por LO 15/2003 al art. 88 CP presenta varias deficiencias técnicas en este punto. Y particularmente, en lo que se refiere a la sustitución de la prisión por trabajos en beneficio de la comunidad, quizás por su novedad, es donde mayores problemas se plantean. Por este motivo, vamos a tratar, en primer lugar, la sustitución de la prisión por trabajos en beneficio de la comuni-

---

por cada arresto de fin de semana) y los sustituyésemos por una multa, resultaría que tendríamos una multa de 28 días, mientras que el art. 147.2 CP había previsto como mínimo una multa de 3 meses. Y lo mismo podríamos decir del máximo, si impusiésemos 24 arrestos de fin de semana y luego los sustituyésemos por una multa, nos daría una pena de 96 días-multa, es decir, 3 meses y 6 días, mientras que para el máximo se había previsto, como pena adecuada, la de 12 meses.

dad, para examinar luego, brevemente, el resto de supuestos que plantean menos problemas.

#### i. Prisión por trabajos en beneficio de la comunidad

Para el caso de que la *pena sustituida sea la prisión y la pena sustitutiva sea el trabajo en beneficio de la comunidad*, el **art. 88.1 CP** establece que cada día de prisión se sustituirá por una jornada de trabajo. Esto es prácticamente lo único que se puede sacar en claro de la regulación legal en este punto, pues en lo demás se induce continuamente a confusión al intérprete. Por este motivo, aunque la previsión de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como sustitutiva de la pena de prisión nos merezca una opinión muy positiva, sin embargo, la forma en la cual esto se ha plasmado por la LO 15/2003 resulta, a nuestro juicio, bastante criticable.

Por de pronto, en este punto en concreto, nos llaman la atención dos cosas de la regulación actualmente vigente. En primer lugar, que se haya *omitido el módulo de conversión* de la prisión que no exceda de dos años para el caso de que sea sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad junto a la pena de multa. Y en segundo lugar, que se haya *omitido también cómo operar para el caso de que se incumpla* la pena de trabajo en beneficio de la comunidad<sup>159</sup>.

a'. Por lo que a la primera cuestión se refiere, no queda claro si el módulo inicial de una jornada de trabajo por cada día de prisión resulta también aplicable cuando se trata de penas de prisión que no excedan de dos años. «En estos casos –dice textualmente el **párr. 2º del art. 88.1 CP**–, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa». La pregunta es: ¿Y para los trabajos en beneficio de la comunidad?

159. Estos problemas se derivan de que la propuesta inicial elaborada por una Comisión nombrada específicamente para la reforma del sistema de penas no contempló la posibilidad de la sustitución de la pena de prisión de más de un año por la de multa y trabajos en beneficio de la comunidad conjuntamente, sino sólo por la pena de multa. Véase, al respecto, el artículo del Secretario de dicha Comisión VILLAMERIEL PRESENCIO, «La Comisión Técnica de Reforma del Sistema de Penas y la reforma penal del año 2003», LL 2004-3, 1614 ss.

A mi modo de ver, esta omisión, sin embargo, no quiere decir que se prescinda del módulo de conversión anteriormente previsto. ¿Qué otro sí no se podría seguir? La *ratio* 1 = 1 es la única que se ha previsto en el art. 88 CP, y coincide, por otra parte, con la que se ha previsto en el **art. 53 CP**, para el caso de que los trabajos en beneficio de la comunidad sustituyan a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Creo, por ello, que cuando se sustituya una prisión de más de un año, pero menos de dos, también se aplicará el módulo de conversión previsto en el párr. 1º del art. 88.1 CP.

El problema que se plantea, a mi juicio, reside en otras cuestiones de la sustitución y sería doble. Por un lado, se suscita la duda de si habrá que proceder a sustituir por partes la pena de prisión (una parte sería sustituida por la multa y otra por los trabajos en beneficio de la comunidad) o si la sustitución corresponde, en ambos casos, en relación con el total de la pena de prisión (primero se convierte la prisión en multa y luego se le suma toda la pena de prisión convertida en trabajos en beneficio de la comunidad). A mi juicio, y con independencia de que se produzca o no una falta de respeto al principio de proporcionalidad si se sigue este último criterio, creo que habría que decantarse por la primera de las soluciones apuntadas. Esta consideración estaría avalada por el siguiente razonamiento. Según el **párr. 3º del art. 88.1 CP**<sup>160</sup>, en el caso de un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión correspondiente «**sólo** podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad». Por tanto, si una persona fuese condenada por alguno de estos delitos a una prisión de dos años, esta pena únicamente podría ser sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad. Pues bien, si lo dispuesto en el párr. 2º del art. 88.1 CP permitiese sustituir la pena de prisión, tanto para la multa como para los trabajos en beneficio de la comunidad, en relación con el total de la duración de aquélla, esto es, dos años, resulta que sería más favorable el régimen previsto en el párr. 3º

160. La redacción inicial de este párr. 3º del art. 88.1 CP, introducido por la LO 15/2003, se refería únicamente al art. 173.2 CP. Sin embargo, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha extendido el ámbito de esta disposición a todos los delitos relacionados con la violencia de género, que, como hemos indicado más arriba [*supra* § 13.1.e).3], no son sólo el de violencia habitual en el ámbito familiar del art. 173.2 CP.

del art. 88.1 CP, que el dispuesto en el párr. 2º<sup>161</sup>, cuando es evidente que en la mente del legislador ha estado la intención tratar con mayor severidad este tipo de delincuencia (téngase en cuenta que, en virtud de la LO 11/2003, lo que antes era una mera falta, ahora se ha convertido en delito), e impedir que pudiese resultar castigado con una pena de multa, aunque fuese a través de la vía de la sustitución de penas.

Por otro lado, y en estrecha relación con lo que se acaba de decir, se plantea también en estos casos de sustitución de una prisión que no exceda de dos años la cuestión de cuál sea el límite máximo que pueden alcanzar los trabajos en beneficio de la comunidad. Si, como acabamos de ver, parece que hay que proceder a “trocear” la pena de prisión y sustituir una parte por multa y la otra por trabajos en beneficio de la comunidad, considero que lo lógico sería que no se superase el año de duración de los trabajos. Este límite coincidiría, por otra parte, con el límite que se desprende de lo dispuesto en el art. 53 CP cuando los trabajos en beneficio de la comunidad sustituyen a la responsabilidad personal subsidiaria [*infra* § 21.5.c)]. No obstante, habrá que ver en la práctica qué criterio se sigue, pues es posible que se admita un máximo mayor (aunque sin llegar a los dos años, porque entonces no quedaría terreno para imponer conjuntamente una multa), o también lo contrario, que no pueda superar el máximo general previsto en el art. 33 CP de seis meses.

Este límite general que nosotros hemos fijado en un año de duración tiene, sin embargo, una *excepción*. Para los supuestos de delitos relacionados con la violencia de género entiendo que, a tenor de lo dispuesto en párr. 3º del art. 88.1 CP, se habría permitido que pueda llegar a alcanzar los 2 años de duración. El legislador no ha excluido expresamente la posibilidad de sustituir en este delito la prisión de hasta dos años, por lo que creo que se puede sustituir, y como la única pena sustitutiva que se admite

161. Los dos años de prisión, según el párr. 2º se convertirían en una multa de cuatro años (el módulo de conversión es de dos cuotas diarias por cada día de prisión) más otra pena de trabajos en beneficio de la comunidad de dos años de duración (entendemos que es aplicable el módulo de conversión previsto en el párr. 1º del art. 88.1 CP), mientras que según el párr. 3º, esa pena de prisión sólo se podría sustituir por 2 años de trabajos en beneficio de la comunidad.

legalmente es la de trabajos en beneficio de la comunidad, su duración, por tanto, podría llegar a alcanzar los dos años.

Conforme a todo lo que se ha expuesto se podría concluir que el máximo que puede alcanzar la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, cuando opera como pena sustitutiva, puede ser, como regla general, de 365 jornadas<sup>162</sup>, y excepcionalmente de 730 jornadas para el caso de algún delito relacionado con la violencia de género. Son cifras muy elevadas que, a nuestro juicio, difícilmente van a poder cumplirse en la práctica.

b'. En cuanto a la segunda cuestión, esto es, la relativa al incumplimiento de la pena sustitutiva de trabajos en beneficio de la comunidad, tampoco resulta fácil determinar su régimen jurídico. El **art. 88.2 CP** señala únicamente que «en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente». De nuevo se observa cómo el legislador parece que piensa únicamente en el supuesto de sustitución de la prisión por multa, olvidándose que dicha pena también puede ser sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad. Nada se dice al respecto, por lo que surgen dudas acerca de los efectos que puede acarrear su incumplimiento.

La única regla que se contiene en el CP sobre el incumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad es la prevista en el **art. 49.6<sup>a</sup>**, en donde se indica que «en caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468». Sin embargo, esta disposición no parece que se pueda aplicar a los supuestos que estamos analizando, porque se refiere al incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad cuando es pena principal, mientras que aquí nos estamos refiriendo a una pena sustitutiva.

En mi opinión, el efecto que debe producir el incumplimiento de la pena sustitutiva es el mismo que supone delinquir durante el plazo de suspensión, esto es, se procederá a la revocación de la alternativa a la pena

162. Sobre el cómputo de la pena de prisión véase *supra* § 9.6.

privativa de libertad y de inmediato a la ejecución de la pena inicialmente impuesta [*infra* § 13.2.f).α)].

#### ii. Prisión por multa

Cuando la pena sustituida sea la de prisión y la sustitutiva la de multa, el módulo de conversión que establece el **art. 88.1 CP** es a razón de dos cuotas diarias por cada día. En este punto la sustitución de la pena de prisión por multa no plantea mayores problemas que los de realizar una operación aritmética.

El máximo de la pena de multa sustitutiva puede llegar a ser de 584.000 € (= 2 años prisión · 365 días<sup>163</sup> · 2 días-multa · 400 €/día).

#### iii. Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa por trabajos en beneficio de la comunidad.

A mi modo de ver, el **art. 53 CP** también prevé un supuesto de sustitución de una pena privativa de libertad por otra que no lo es. El art. 53 CP permite sustituir la responsabilidad personal subsidiaria por trabajos en beneficio de la comunidad a razón de una jornada de trabajo por cada día de privación de libertad. De este modo, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad como sustitutiva de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa podría llegar a alcanzar las 360 jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad, o incluso las 450 jornadas si se trata de un concurso real de delitos que diese lugar a la aplicación del límite previsto en el art. 76 CP (*infra* § 19.2.1).

#### iv. Prisión por expulsión

Por último, en el caso de la sustitución de la pena de la pena privativa de libertad de hasta seis años para extranjeros no residentes legalmente en España, no puede hablarse en puridad de un módulo de conversión, pues la pena de prisión se sustituye por el simple acto de expulsión del territorio nacional. El **art. 89.2 CP** se limita a decir que «no podrá regresar a España

163. Sobre el cómputo de la pena de prisión, véase *supra* § 9.6, que contrasta con el cómputo de la pena de multa *infra* § 19.2.3.

en un plazo de diez años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena». Y lo mismo se puede decir del supuesto previsto también en el art. 89 de sustitución de lo que reste por cumplir una vez alcanzado el tercer grado penitenciario o del último cuarto de la pena de prisión superior a seis años.

### c) *Requisitos de la sustitución*

1. El primer requisito, que el art. 88.1 CP establece tanto para la sustitución de las penas de prisión de hasta un año de duración, como para el excepcional de hasta dos años, es que «**no se trate de reos habituales**».

El concepto de reo habitual se encuentra recogido en el **art. 94 CP**, según el cual «a los efectos previstos en la sección 2ª de este capítulo [es decir, la relativa a la sustitución de las penas privativas de libertad] se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello».

El **art. 94 CP** aclara lo que debe entenderse por reo habitual a efectos de la sustitución de penas prisión, sin embargo, lo hace de una manera un tanto discutible<sup>164</sup>. El concepto de delincuente habitual en la Ciencia penal es un concepto básicamente criminológico, empírico-realístico, que denota una mayor peligrosidad criminal en el sujeto. No debería depender, por tanto, de estrictas categorías formales, más propias de un concepto jurídico-formal de reincidencia, que apunta a una mayor culpabilidad del sujeto. El concepto manejado por el art. 94 CP parece más propio de la multirreincidencia que de la delincuencia habitual, que no necesariamente tendría por qué estar circunscrito a la repetición de delitos comprendidos en un mismo capítulo.

Por otra parte, dada la lentitud de nuestra Administración de Justicia tampoco parecería adecuado establecer un límite temporal dentro del cual

164. Véase, entre otros, CEREZO MIR, «El tratamiento de los delincuentes habituales en el Borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General», LH-del Rosal (1993), 249 ss., quien comenta en sentido crítico una disposición equivalente al actual art. 94 CP que se contenía en aquel texto prelegislativo.

contabilizar el número de delitos que puede dar lugar a la habitualidad. La LO 15/2003 ha añadido un **párr. 2º al art. 94 CP**, en virtud del cual se aclara cómo se ha de efectuar el cómputo de dicho plazo de cinco años. «Para realizar este cómputo –señala este precepto– se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión<sup>165</sup> o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad». Sin embargo, este párrafo no resuelve los problemas que se pueden plantear por una demora en la tramitación de los procedimientos judiciales. Por coherencia parece que habrá que esperar a que se dicte sentencia firme, puesto que hasta entonces no se puede decir jurídicamente que una persona sea responsable de haber cometido un delito.

2. Como segundo requisito, válido también para el supuesto general de sustitución de penas de prisión de hasta un año como para el excepcional de hasta dos años, es que **la pena no se haya empezado a ejecutar**. El **art. 88.1 CP** comienza diciendo que «los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión...». Por tanto, si ya se ha empezado a cumplir la pena de prisión con el ingreso en un Centro penitenciario, ya no se puede sustituir por otra distinta.

3. En tercer lugar, hay que señalar que conforme a la anterior regulación se exigía también que la pena no fuese a su vez sustitutiva de otra. Es decir, se prohibía la doble sustitución. Sin embargo, este requisito ha dejado de tener sentido en cuanto que se ha suprimido la pena de arresto de fin de semana, que era la única vía a través de la cual se podía llegar a sustituir una pena que ya había sustituido a otra. Además, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad puede sustituir ahora directamente

165. Téngase en cuenta que el concepto de habitualidad sólo resulta aplicable a la sustitución. Así comienza expresamente el art. 94: «A los efectos previstos en la sección 2ª...». Pero además, en la regulación de la suspensión, la LO 15/2003 permite su aplicación a los reos habituales, puesto que se ha suprimido el requisito que figuraba en el art. 87.1.2ª CP para la suspensión de la pena impuesta a quienes hubiesen cometido el delito debido a su toxicodependencia o alcoholismo.

a una pena de prisión, cosa que antes se pretendía evitar mediante esta prohibición de la doble sustitución.

Sorprendentemente, sin embargo, la LO 15/2003 ha mantenido la, ahora totalmente inútil, prohibición de la sustitución de la sustitución. «En ningún caso –dice el **art. 88.3 CP**– se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras». En efecto, tiene toda la razón el legislador. Conforme a la regulación actualmente vigente es imposible que una pena que ya ha sustituido a otra, pueda a su vez ser sustituida por otra. Las penas sustitutivas son la multa, los trabajos en beneficio de la comunidad y la expulsión del territorio nacional. Y las penas sustituibles sólo son la pena de prisión y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

No cabe imaginar, por tanto, una hipótesis de doble sustitución. La única posibilidad que podría existir, pero que está vetada de antemano, es que una multa que sustituyese a una pena de prisión resultase impagada y se convirtiese en responsabilidad personal subsidiaria, y luego esa responsabilidad personal subsidiaria se sustituyese por una pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, esta hipótesis es imposible porque el art. 88.2 CP establece los efectos que corresponde en caso de incumplimiento de la pena de multa sustitutiva, a saber, se regresa a la pena de prisión inicialmente impuesta y no cabe imponer la responsabilidad personal subsidiaria.

4. En el caso particular de que se pretenda sustituir la pena de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad, en correspondencia con lo dispuesto en la regulación general de esta pena y también de la prohibición constitucional de los trabajos forzados (art. 15 CE), habrá que exigir la **previa conformidad del penado** para llevar a cabo esa sustitución. La redacción del art. 88 CP antes de la reforma de 2003 preveía expresamente este requisito para el caso de la sustitución de la pena de arresto de fin de semana. Ahora no se menciona expresamente, pero ello no quiere decir que se pueda imponer dicha sustitución en contra del reo. Además, la sustitución se hará previa audiencia de las partes, por lo que deberá oírse tanto al acusado, que expresará si está o no conforme con la sustitución, así como a los acusadores. Una vez oídos el Juez o Tribunal decidirá.

5. Con respecto al supuesto de la sustitución de penas de prisión por la expulsión del territorio nacional, es requisito necesario que el reo sea «un **extranjero no residente legalmente en España**» (art. 89).

#### d) *Criterios y condiciones de la sustitución*

1. El **art. 88.1 CP** señala como criterios a los que el Juez o Tribunal debe atender para acordar la sustitución los siguientes: «las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado». Estos criterios obedecen tanto a razones de prevención especial, como también a razones de prevención general y de reafirmación del ordenamiento jurídico. Prestar atención a la reparación del daño es una manifestación de la Política criminal más actual que se preocupa por conseguir la satisfacción de la víctima, que tradicionalmente ha estado olvidada o marginada en el proceso penal (*infra* § 3).

Con respecto al caso excepcional de sustitución de penas de prisión de hasta dos años, el art. 88.1 párr. 2º CP añade además como criterio que «de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas [las penas de prisión] habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social». En este caso parece que pesan más razones de prevención especial para conceder la sustitución, sin embargo, hay que tener en cuenta que «en estos casos –como dice el art. 88.1 párr. 2º *in fine* CP–, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior...», por lo que son también aplicables los criterios fijados en el párr. 1º de este artículo.

2. El **art. 88.1 CP** ha previsto para la sustitución, de modo similar que para la suspensión, que «el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código». Con respecto a las reglas de conducta que se pueden imponer en el caso de suspender la ejecución de la pena nos remitimos a lo ya dicho más arriba [*supra* § 13.1.e)].

Estas reglas de conducta sólo se pueden imponer si no se han establecido ya como penas en la sentencia, y además, su duración no podrá exceder de la de la pena sustituida.

En el caso de que el reo hubiese sido condenado por algún delito relacionado con la violencia de género, la sustitución de la prisión, que, recordemos, sólo puede llevarse a cabo por la de trabajos en beneficio de la comunidad, deberá ir acompañada además de «la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico», por un lado, y por otro, de la observancia de la prohibición de acudir a determinados lugares y de la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos (**párr. 3º del art. 88.1 CP** en la redacción dada por el art. 35 LO 1/2004)<sup>166</sup>. En estos casos, la sujeción a estas reglas de conducta es obligatoria, mientras que para el resto de las sustituciones es una facultad, de la cual el órgano judicial podrá hacer uso, o no, si no lo estima adecuado.

#### e) *Procedimiento*

El **art. 88.1 CP** establece como único requisito procedimental que se dé audiencia a las partes. Para evacuar este trámite no es imprescindible que se lleve a cabo de forma oral, sino que puede hacerse también por escrito, dando un plazo a las partes para que se pronuncien al respeto. Lo normal será que este trámite lo inicie la defensa del acusado, pero puede hacerlo también cualquiera de las partes, incluso también de oficio si el órgano judicial lo considera oportuno.

La resolución en que se acuerde o deniegue la sustitución deberá estar motivada y se adoptará en la misma sentencia o posteriormente en un auto, pero siempre antes de dar inicio a su ejecución. No es posible, por tanto, la sustitución durante el transcurso de la ejecución, salvo en el supuesto de la sustitución para extranjeros, en que se permite la sustitución de lo

166. La LO 1/2004 ha extendido la obligatoriedad de la observancia de estas reglas de conducta a todos los delitos relacionados con la violencia de género, y no sólo con el de violencia habitual en el ámbito familiar del art. 173.2 CP, al que había limitado su operatividad la LO 15/2003.

que reste por cumplir una vez concedido el tercer grado penitenciario o del último cuarto de pena por la expulsión del territorio nacional.

### f) *Quebrantamiento de la pena sustitutiva*

Según el **art. 88.2 CP**, «en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente».

Esta disposición ha sido modificada por la LO 15/2003, sin embargo, la redacción dada a la misma resulta, a nuestro modo de ver, doblemente criticable. Por un lado, porque no ha resuelto algunas de las dudas que planteaba la anterior regulación. Por si no fuera poco, inexplicablemente dicho precepto se refiere ahora sólo al modo en que hay que proceder cuando el incumplimiento sea de la pena de multa, pero el legislador se ha vuelto a olvidar de que la prisión no sólo se puede sustituir por una multa, sino también por los trabajos en beneficio de la comunidad. Antes aludimos a este defecto para el caso de la sustitución excepcional de penas de prisión de hasta dos años (párr. 2º del art. 88.1 CP) [*supra* § 13.2.b).i.].

Conforme a lo dispuesto en el art. 88.2 CP podemos decir que el quebrantamiento de la pena sustitutiva da lugar a un regreso a la pena inicialmente impuesta, que será la que a partir de ese momento deberá ejecutarse, si bien descontando de la misma el tiempo que se haya cumplido con la pena sustitutiva quebrantada. Sin embargo, el art. 88.2 CP plantea algunos problemas interpretativos que no han sido resueltos con la nueva redacción y crea otros que antes no existían.

a) En primer lugar, se plantea la duda de qué efectos produce el incumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad, puesto que el art. 88 CP no dice nada al respecto.

A mi modo de ver, entiendo que habría que proceder del mismo modo que para la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad. Así pues, el incumplimiento de la condición principal debe suponer la revocación de la sustitución de la ejecución de la pena inicialmente impuesta.

En la suspensión la condición principal es no delinquir durante el plazo de suspensión. En la sustitución la condición principal es cumplir con la pena sustitutiva: la multa y/o los trabajos en beneficio de la comunidad.

Parece, por tanto, que hay que entender que ha sido un descuido por parte del legislador referirse únicamente a la pena de multa, y donde dice que el regreso a la pena de prisión se hará «descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas...», hay que entender que habrá que proceder del mismo modo respecto de los trabajos en beneficio de la comunidad.

Sería posible pensar en otras dos posibles soluciones, sin embargo, ninguna de ellas resultaría satisfactoria. Por un lado, cabría pensar que el incumplimiento no produjese ningún efecto, lo cual sería absurdo, pues entonces no se cumpliría ninguna pena sustitutiva consistente en trabajos en beneficio de la comunidad. Y por otro lado, se podría pensar que el incumplimiento fuese punible, además, como un delito de quebrantamiento de condena. Sin embargo, como veremos a continuación, esta solución tampoco convence.

b) En efecto, en segundo lugar, surge la duda de si el incumplimiento que contempla este precepto implica también la comisión de un *delito de quebrantamiento de condena* del **art. 468 CP**.

A pesar de la descripción típica del art. 468 CP, que es particularmente amplia, sin embargo, no cabe apreciarlo. Para el caso de no pagar la multa sustitutiva, el art. 88 CP señala expresamente los efectos que produce, por lo que se puede descartar la aplicación, además, de lo dispuesto en el art. 468 CP. En el caso de incumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad, en cambio, el art. 88 CP no indica nada al respecto. La única regla que se contiene en el CP sobre el incumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad es la prevista en el **art. 49.6<sup>a</sup>**, en donde se indica que «en caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468». Sin embargo, esta disposición no parece que se pueda aplicar a los supuestos que estamos analizando, porque se refiere al incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad cuando es pena principal, mientras que aquí nos estamos refiriendo a una pena sustitutiva. Por otra parte, si apreciásemos un delito de quebranta-

miento de condena significaría que estaríamos tomando en cuenta dos veces un mismo hecho: una para fundamentar el regreso a la pena inicialmente impuesta, y otra para apreciar el quebrantamiento de condena.

c) En tercer lugar, el CP no ha previsto nada acerca de los efectos que hay que asignar al *incumplimiento las reglas de conducta* impuestas.

Para colmar esta laguna hay que tener en cuenta, en primer lugar, que su imposición, es con carácter general, facultativa y que es posible que el órgano judicial haya considerado esencial su imposición para la concesión de la sustitución. Si esto es así, lo lógico sería que el Juez o Tribunal dejase sin efecto la sustitución. Sin embargo, por otro lado, sería injusto equiparar el incumplimiento de una regla de conducta con el incumplimiento de la pena sustitutiva. Por ello, parece prudente también poder sustituir la regla de conducta incumplida por otra, como se ha hecho en el caso de la suspensión [art. 84.2 a) CP]<sup>167</sup>.

En el caso de incumplimiento de las reglas de conducta impuestas a quien ha sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, puesto que su imposición es de carácter preceptivo, entendemos que su incumplimiento comportará la revocación de la sustitución, debiendo cumplirse la prisión inicialmente impuesta, si bien descontando lo ya cumplido en la forma de trabajos en beneficio de la comunidad.

d) Por último, el art. 88.2 CP sólo se refiere a las penas de prisión, pero, como ya hemos indicado en otras ocasiones, también *la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa* puede ser sustituida, a tenor de lo dispuesto en el art. 53, por trabajos en beneficio de la comunidad.

El legislador no ha previsto tampoco ninguna regulación para el incumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Ya se verá en otro momento más oportuno cuál es la solución que habrá que seguir en estos casos (*infra* § 21.7), pero ahora baste con indicar que si lo que se incumplen son los trabajos en beneficio de la comunidad habrá que regresar a la pena inicialmente impuesta, esto es, la responsabilidad

167. En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias*<sup>4</sup>, 124.

personal subsidiaria por impago de multa, en la forma de prisión (sólo para los delitos) o también de localización permanente (para las faltas).

2. En el caso de la pena sustitutiva de expulsión del territorio nacional, el quebrantamiento de la misma consistirá en el regreso antes del plazo establecido, que será el mayor de estos dos: diez años o el de prescripción de la pena [*infra* § 45.6.c)]. Como reacción contra el intento de quebrantamiento de la pena sustitutiva de expulsión, el **art. 89.3 CP** establece que «el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores, será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad» [apartado redactado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre].



## CAPÍTULO IV

# Las penas privativas y restrictivas de derechos

## § 14. Concepto, clases y funciones de las penas privativas de derechos

### 1. Concepto

Como ya hemos visto en otro momento al exponer la clasificación de las penas, según su contenido [*supra* § 5.2.b)], a tenor de lo dispuesto en el **art. 32 CP**, «las penas que pueden imponerse, bien con carácter principal bien como accesorias, son las penas privativas de libertad, las privativas de otros derechos y la multa».

Las penas privativas de derechos se regulan en la Secc. 3ª del Cap. I del Tít. III del Lib. I del CP (arts. 39 a 49). En el **art. 39 CP** se recoge un catálogo general de las penas privativas de derechos, sin embargo, no se incluye una definición de las mismas. El concepto de estas penas que se puede deducir de la regulación legal sólo es un concepto formal y de carácter negativo. Aunque toda pena priva de algún derecho, por penas privativas de derechos se entiende aquellas penas que privan de otros derechos distintos que no sean la vida, la libertad o el patrimonio. Así pues, penas privativas

de derechos no son ni la pena de muerte, ni las privativas de libertad, ni la pena de multa, y se identifican con las previstas en el **art. 39 CP**.

## 2. Clases

Según su autonomía podemos distinguir entre penas principales y penas accesorias [*supra* § 5.2.a)]. Las penas privativas de derechos pueden ser tanto principales como accesorias.

El **art. 39 CP**, que ha sido redactado de nuevo por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, contiene un catálogo de penas privativas de derechos, y su redacción actualmente vigente es la siguiente:

**Art. 39 CP:** «Son penas privativas de derechos:

- a) La inhabilitación absoluta.
- b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.
- c) La suspensión de empleo o cargo público.
- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
- f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
- g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- h) La prohibición de comunicarse con la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- i) Los trabajos en beneficio de la comunidad».

A tenor de este catálogo habría que advertir que ciertas sanciones incluidas en esa Sección constituyen, además de privaciones de derechos específicos, restricciones a la libertad ambulatoria, como sucede, por ejemplo, con la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos.

### 3. Naturaleza y legitimidad

Las penas privativas de derechos han sido objeto de un profundo debate doctrinal<sup>168</sup> en el que se ha cuestionado su naturaleza punitiva e incluso hasta la legitimidad de las mismas.

1. En cuanto al primer aspecto, se ha rechazado su consideración de penas, por entender que se tratarían más bien de consecuencias accesorias, como en el Derecho alemán (así, MANZANARES SAMANIEGO)<sup>169</sup>. Sin embargo, parece que no ha sido esa la opción seguida en nuestro ordenamiento, pues, aparte del *nomen iuris* que se les da, de auténticas penas, el CP español las ha previsto como penas principales, y no sólo de modo alternativo a una pena de prisión o de multa, sino incluso como sanción única (por ejemplo, en el delito de prevaricación del art. 404 CP). Por otra parte, hay que tener en cuenta que en el CP se ha previsto un Título dedicado a las «consecuencias accesorias» (arts. 127 ss.), en el que se incluyen medidas provistas de un contenido diverso a las del art. 39.

Mayor fundamento, en cambio, puede tener el rechazo de su naturaleza punitiva por considerarlas que se tratan más bien de medidas de seguridad. En este sentido, QUINTANO RIPOLLÉS<sup>170</sup> consideraba que estas privaciones de derechos tenían un doble carácter: por un lado, punitivo, constituido por la infamia, siendo verdaderas penas contra el honor, y por otro, el preven-

168. Sobre el reciente debate en el seno de la doctrina alrededor de estas penas, véanse entre otros, BERNAL VALLS, «Las penas privativas de derechos en el nuevo Código penal», RGD 1999, 13 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, «Las penas privativas de derechos en la reforma penal», AP 1997, 147 ss.; JAREÑO LEAL, «La pena de multa y las penas privativas de derechos en el Código penal de 1995», LH-Casabó Ruiz (1997), vol. 2, 61 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «Las penas privativas de derechos», PJ nº 53 (1999), 127 ss.; MAZA MARTÍN, «Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal», CDJ 1996, t. XXIV, 139 ss.; POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, Ed. Colex, Madrid, 1998; SANCHO CASAJÚS, «Las penas privativas de derechos», EJM 3 (1999), 283 ss.

169. MANZANARES SAMANIEGO, «Las inhabilitaciones y suspensiones en el derecho positivo español», ADPCP 1975, 175 ss.; «Las inhabilitaciones y suspensiones en el Proyecto de Código penal», ADPCP 1981, 33 ss.

170. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios* (1966), 330 ss.

tivo o cautelar, consistente en evitar que, mediante el ejercicio del cargo o derecho de que se priva al culpable, pudiera éste desarrollar actividades tenidas por peligrosas o presuntamente delictivas. Sin embargo, en el Derecho penal moderno “no tiene razón alguna de ser la pena de infamia, ya que lo que infamia es el delito y no la pena”, decía este autor. Podría entonces considerarse que estas sanciones habrían perdido todos los caracteres sustantivos propios de las penas, para convertirse en medias de seguridad.

No deja de ser revelador, a este respecto, que ciertas penas privativas de derechos, como las de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, y la inhabilitación profesional, tengan un equivalente paralelo entre las medidas de seguridad (**art. 96.3 CP**). Sin embargo, una cosa es el contenido de la consecuencia y otra el fundamento de la misma. Penas y medidas de seguridad tienen fundamentos distintos (*infra* § 26.2).

2. En cuanto a la legitimidad de estas penas, si verdaderamente tienen naturaleza de penas, no se debería prescindir del principio de la resocialización. Con independencia del alcance de la proclamación constitucional que se refiere únicamente a las penas privativas de libertad y medidas de seguridad, la crítica arranca más bien del carácter estigmatizante de algunas de estas sanciones. Las penas privativas de derechos tuvieron originariamente un carácter infamante, como recordaba QUINTANO, y trataban de segregar al reo de la sociedad, como sucedía con la muerte civil. Sin embargo, estas penas llevaban aparejada una desigualdad, porque para unos, los funcionarios, comportaban consecuencias muy graves, pero, en cambio, para otros, aquellos que carecían de oficio o de actividad laboral, dicha pena no tenía ningún efecto punitivo. Desde la perspectiva de un Derecho penal moderno se dice que las penas privativas de derechos no deben tener carácter infamante; y que lo que deben hacer es tender a evitar que el condenado, con ocasión del ejercicio del cargo, profesión u oficio, vuelva a delinquir. Por ello, en la actualidad, a diferencia de lo que sucedía antiguamente, su alcance está limitado, en cuanto que se imponen solamente cuando el delito cometido está en relación con el ejercicio del cargo, oficio o derecho del que se priva o suspende al condenado.

Fruto de estas reflexiones ha sido, por ejemplo, la decisión político-criminal de suprimir en 1983 la pena de interdicción civil, aunque ahora se haya recuperado, en parte, mediante la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento [*infra* § 15.2.b).iv.]. También cabría traer a colación, en este sentido, la actual exigencia de que la profesión tenga relación con el delito cometido cuando se impone como pena accesoria (**art. 56 CP**), o que también haya que concretar los empleos, cargos y derechos sobre los que recae la inhabilitación especial, lo cual ha de especificarse en la sentencia (**arts. 42 y 45 CP**).

Con todo, el CP vigente puede ser objeto de alguna crítica en cuanto al excesivo protagonismo que se le ha conferido a este tipo de sanciones, máxime si tenemos en cuenta la posibilidad de que operen tanto como penas, como medidas de seguridad.

#### **4. La configuración de las penas privativas de derechos en el CP/1995**

En el CP/1995 *desaparecen* algunas penas privativas de derechos, como las de extrañamiento, confinamiento, destierro, reprensión pública, pérdida de nacionalidad, inhabilitación especial de derecho de sufragio activo. También hay que destacar que se *incorporan*, como nuevas penas privativas de derechos o como desarrollo de otras anteriormente previstas, las siguientes: la privación del derecho a la tenencia y porte de armas; la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; la inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, o de cualquier otro derecho; y los trabajos en beneficio de la comunidad. Quizás sea esta última incorporación la novedad más significativa del CP/1995 en el ámbito de las penas privativas de otros derechos.

En relación con la anterior regulación, el CP/1995 ha introducido *importantes mejoras*. Así, por ejemplo, ya iremos viendo luego con más detalle en cada una de las penas aquellos aspectos más significativos, cabe citar la clarificación en la delimitación entre inhabilitaciones especiales para el empleo o cargo público y las suspensiones; se reduce también el tradicional automatismo de la imposición de penas privativas de derechos como penas

accesorias de penas privativas de libertad, en cuanto que se exige que haya una conexión entre la pena y el delito cometido; o por último, se exige asimismo una concreción de los empleos, cargos y cualquier otro derecho a los que se inhabilita, teniendo que especificarse en la sentencia.

Sin embargo, la regulación del CP en este punto no está exenta tampoco a algunas *objeciones*. Así, podemos mencionar la duplicidad, ya comentada, que se produce con determinadas medidas de seguridad; también puede ser discutible la clasificación contenida en el art. 33, que califica como pena grave, por ejemplo, una suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años [art. 33.2 d)], mientras que una pena de prisión de cinco años sería menos grave [art. 33.3.a)]. Pero sobre todo, lo que resulta tremendamente criticable desde el punto de vista del principio de taxatividad de las penas es la cláusula indeterminada recogida en el inciso final de las penas de inhabilitación especial, al referirse a la inhabilitación especial «de cualquier otro derecho».

Por otra parte, se plantean algunos inconvenientes en la práctica<sup>171</sup>, pues el Código no introduce medidas específicas dirigidas a conseguir una adecuada garantía en cuanto a su ejecución. Por ejemplo, no se ha previsto ningún mecanismo de sustitución de esta pena por otra en el caso de que el sujeto la incumpla. Habrá que acudir a la sanción correspondiente al delito de quebrantamiento de condena, que, según el art. 468 CP, será tan sólo una multa, reacción que resulta insuficiente en algunos casos, como cuando la pena privativa de derechos se haya impuesto conjuntamente con una pena de multa.

Un último problema que se plantea con esta clase de penas radica en la existencia de sanciones similares en otras ramas del ordenamiento jurídico. No es infrecuente encontrar en el Derecho disciplinario de los funcionarios o de las corporaciones profesionales sanciones que tienen también como presupuesto la previa comisión de un delito y que en ocasiones pueden revestir incluso una gravedad superior a las previstas en el CP, o que pueden ser impuestas por un órgano judicial, como sucede en el caso del concurso culpable<sup>172</sup>. Esto no quiere decir que las penas privativas de otros derechos

171. REY HUIDOBRO, «Problemas de aplicación de las penas accesorias de inhabilitación y de suspensión», AP 2003, 1123 ss.

172. Véase el **art. 172.2.2º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal**, en virtud del cual «la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los

no sean necesarias, sino que lo que se presenta en este punto es el problema de conseguir una adecuada coordinación entre los diversos sectores del ordenamiento jurídico [*supra* § 4.2.b)].

En lo que concierne a las privaciones de derechos acordadas cautelarmente en el curso del proceso (pensemos particularmente en las del art. 544 bis LECr), debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el **art. 58.4 CP**, en cuanto a su abono íntegro para el cumplimiento de la pena impuesta.

## § 15. Las inhabilitaciones y suspensiones

Para la exposición del catálogo de penas privativas de derechos establecido en el art. 39 CP vamos a dividirlo en tres grandes grupos. En este epígrafe vamos a examinar la regulación de las inhabilitaciones y suspensiones, para luego exponer las privaciones de otros derechos (*infra* § 16) y los trabajos en beneficio de la comunidad (*infra* § 17).

Por lo que a las inhabilitaciones y suspensiones vamos a tratar por separado, en primer lugar, la inhabilitación absoluta, luego las diferentes inhabilitaciones especiales, y por último, la suspensión para empleo o cargo público.

### 1. Inhabilitación absoluta

#### a) *Duración*

La inhabilitación absoluta es la más grave de las penas privativas de derechos. La pena de inhabilitación absoluta puede ser pena principal o accesorio. Es siempre pena grave [**art. 33.2.b) CP**], y su duración como pena

---

siguientes pronunciamientos: [...] 2º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a cinco años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio ».

principal es de 6 a 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código (**art. 40 CP**)<sup>173</sup>.

Las excepciones en las que la pena de inhabilitación absoluta puede superar el límite de los 20 años son tres:

- 1ª. Cuando la pena superior en grado exceda del límite máximo de 20 años, la inhabilitación absoluta podrá llegar a un máximo de 30 años (**art. 70.2.2º CP**)<sup>174</sup>.
- 2ª. En los delitos de terrorismo, la LO 7/2000 ha previsto una pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre 6 y 20 años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta (**art. 579.2 CP**). Esta LO, por otra parte, también ha introducido la inhabilitación absoluta como consecuencia jurídica dentro del ámbito de la responsabilidad penal de los menores [**art. 7.1 n) LORPM**].
- 3ª. En el delito de rebelión se prevé como pena principal la inhabilitación de 15 a 25 años (**art. 473.1 CP**).

Además, a tenor de lo dispuesto en el **art. 55 CP**, la inhabilitación absoluta se impondrá automáticamente como pena accesoria de las penas de prisión igual o superior a diez años, salvo que aquélla ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate.

## b) *Contenido*

La inhabilitación absoluta, según lo dispuesto en el **art. 41 CP**, produce el efecto de la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tuviese el penado en el momento de cometer el delito, y asimismo produce también la incapacidad para obtener los mismos o cualquiera otros y la de ser elegido para cargo público durante la condena.

173. Este último inciso, el de la salvedad de lo dispuesto en otros preceptos del Código, había sido introducido exclusivamente para la inhabilitación absoluta por la LO 7/2000, de 22 de diciembre. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, lo ha extendido a las demás penas privativas de otros derechos.

174. La LO 15/2003 ha elevado este límite de los 25 años en que estaba antes fijado a los 30 años.

Se aclara, por tanto, que uno de los efectos de la pena de inhabilitación es el del *carácter definitivo* de la privación, lo cual es perfectamente compatible con que luego se establezca una duración a la misma. Tanto la inhabilitación absoluta como la inhabilitación especial producen la pérdida para siempre del empleo o cargo público sobre el que recaen: la inhabilitación absoluta recae sobre todos los honores, empleos y cargos públicos; la especial sobre uno concreto. El plazo que se fija es a efectos de determinar la duración de la incapacidad para volver a obtener los mismos u otros cargos análogos. Pero para que esto suceda el inhabilitado tendría que volver a ser elegido o volver a opositar, puesto que ya ha sido privado de dicho cargo o empleo. Además, hay que tener en cuenta que tendría que haber cancelado los antecedentes penales (*infra* § 46.2), por lo que en realidad los efectos de esta pena perduran más allá del cumplimiento de la misma.

La inhabilitación tendría, por tanto, un doble efecto: uno consistente en la pérdida del empleo o cargo y otro en la incapacidad para obtener los mismos u otros cargos similares<sup>175</sup>. La suspensión para empleo o cargo pú-

---

175. En torno a esta duplicidad de efectos de la inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial para empleo o cargo público se ha producido un interesante debate en el seno nuestra doctrina. Dicho debate surgió a raíz del famoso caso «Gómez de Liaño» y se centraba en si el primero de esos efectos podía o no ser objeto de indulto. La decisión final de la Sala especial de Conflictos de Jurisdicción se decantó por considerar esta pena como un todo unitario, y que por tanto se puede indultar también la parte correspondiente a la pérdida del empleo o cargo.

Como es sabido, el Magistrado Don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella fue condenado por la STS de 15 de octubre de 1999, como autor de un delito continuado de prevaricación, a la pena de multa de dieciocho meses, a razón de 1.000 pesetas diarias, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de quince años. Posteriormente el Gobierno, por medio del RD 2392/2000, de 1 de diciembre (BOE 21 de diciembre), le concedió un indulto para la pena de inhabilitación especial, señalando expresamente que el indulto sería “con todas sus consecuencias, lo que supone el reintegro a la Carrera Judicial, manteniéndose, sin embargo, la incapacidad para desempeñar cargo en la Audiencia Nacional o en cualquier Juzgado de la misma, durante el plazo de veinticinco años desde la publicación del presente Real Decreto”.

Sin embargo, el Pleno de la Sala 2ª del TS, por Auto de 8 de enero de 2001, decidió aplicar solamente de modo parcial ese indulto, y que no procedía aplicarlo en sus estrictos términos literales, en particular en lo que se refería al reintegro en la Carrera Judicial. El TS, por 8 votos frente a 6, acordó dar por cumplida la parte de la pena de inhabilitación especial que le incapacitaba para obtener la condición

blico, en cambio, tan sólo impide que el sujeto ejerza dicho cargo durante el tiempo de la condena, transcurrido el cual se reincorpora al servicio.

Por otro lado, a diferencia de lo que sucedía en el ACP (art. 35.2º), el CP vigente limita el alcance de los efectos de la inhabilitación absoluta a la incapacidad de ser elegido para cargo público, esto es, se priva del derecho de sufragio pasivo, pero no comprende la privación del *derecho a elegir*, es decir, el derecho de sufragio activo.

Puesto que en la inhabilitación absoluta se priva de «todos», no es necesario, a diferencia de lo que sucede en las inhabilitaciones especiales, que se especifique en la sentencia los empleos, cargos y honores sobre los que recae. Ahora bien, para proceder a la ejecución de la sentencia condenatoria habrá que concretar, entonces, los empleos o cargos que tenía el condenado en el momento de los hechos.

Según BOLDOVA PASAMAR<sup>176</sup>, por «empleos o cargos públicos» hay que entender los que se incardinan en el ámbito de la función pública, entendida

---

de juez u otros cargos o empleos análogos hasta el día 14 de junio de 2013, pero no en lo que se refiere al reingreso inmediato en la Carrera Judicial al entender que esta parte de la pena ya ha sido ejecutada de manera irreversible, y que, por lo tanto, no puede ser indultada.

Frente a esta decisión del TS, el Gobierno planteó un conflicto de jurisdicción, que finalmente fue resuelto a favor del Ministerio de Justicia, por Sentencia nº 6/2001, de 13 de junio, del Tribunal de conflictos de Jurisdicción previsto en el art. 38 LOPJ.

A raíz de estas decisiones se suscitó un interesante debate en los medios de comunicación, en el cual participaron destacados constitucionalistas y penalistas. Véanse, entre otros, las opiniones manifestadas al respecto por DE CARRERAS, «El indulto en nuestro Estado de Derecho», *El País*, 12 diciembre 2000; GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre el indulto de Gómez de Liaño», *El Mundo*, 8 diciembre 2000; «Significado de la ‘pena cumplida’ en la ley de indulto», *El Mundo*, 13 diciembre 2000; «Condena e indulto de Gómez de Liaño», *El Mundo*, 23 enero 2001; LÓPEZ AGUILAR, «No es el señor Liaño», *El Mundo*, 7 diciembre 2000; LÓPEZ AGUILAR/LÓPEZ GARRIDO, «El indulto prodigioso», *El País*, 13 diciembre 2000; PÉREZ ROYO, «Delito inindultable», *El País*, 6 diciembre 2000; QUERALT JIMÉNEZ, «El indulto de la prevaricación judicial», *El País*, 5 diciembre 2000; QUINTERO OLIVARES, «El derecho de gracia», *La Vanguardia*, 21 diciembre 2000; RAMOS TAPIA, «El alcance del indulto a Liaño», *El País*, 15 diciembre 2000; RUBIO LLORENTE, «La gracia de Aznar», *El País*, 11 diciembre 2000; ZUGALDÍA ESPINAR, «Las curiosas teorías del profesor Gimbernat Ordeig», *El País*, 14 diciembre 2000.

176. Según BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*<sup>3</sup>, 124.

en sentido amplio (Administración estatal, autonómica, provincial, local, institucional, etc.), cualquiera que sea la configuración de la relación (gratuita o retribuida, interina o permanente, electiva o por designación, etc.). Y por «honorés», todos los títulos y distinciones de carácter honorífico del condenado, excluyendo aquellas cualidades cuyo contenido no sea definido por el honor, como por ejemplo, los grados académicos. En cuanto a la expresión honorés, empleos o cargos públicos que «tenga el penado», hay que entender todos aquellos cuya titularidad ostentase en el momento de los hechos, con independencia de las diversas vicisitudes administrativas de tipo suspensivo o análogas por las que atraviere. En todo caso la privación no afecta a los posibles derechos pasivos ya adquiridos por el sujeto.

En algún caso excepcional, el CP había previsto una ampliación del contenido de la inhabilitación absoluta. Así sucedió en el caso de los delitos contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria y de insumisión (arts. 527 y 604) hasta la **LO 3/2002**, por la que se han derogado estos delitos, y que ya habían sido modificados por la LO 7/1998, en el sentido de disminuir la duración de la pena de inhabilitación absoluta. Hasta la entrada en vigor de la LO 3/2002, la inhabilitación absoluta incluía también para estos delitos la «incapacidad para desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de cualquiera de las Administraciones, Entidades o Empresas públicas o de sus Organismos Autónomos, y para obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo».

## 2. Inhabilitaciones especiales

### a) Aspectos comunes a las inhabilitaciones especiales

La inhabilitación especial es una pena tradicional en nuestro ordenamiento, pero que en el CP/1995 experimenta una gran ampliación tanto en su ámbito de aplicación como también en su contenido<sup>177</sup>. Si en el ACP sólo se recogían tres tipos de inhabilitación especial (arts. 36, 37 y 41), ahora se

177. Así, BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*<sup>3</sup>, 125.

contemplan cinco clases o modalidades de la misma. A las que ya se recogían antes de inhabilitación para cargo público, para el derecho de sufragio y para profesión u oficio, aunque ahora tienen otra formulación, se añaden la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento y la inhabilitación para cualquier otro derecho.

En cuanto a la clasificación de las penas de inhabilitación especial, las mismas constituyen pena grave por tiempo superior a cinco años [**art. 33.2.c) CP**] y menos grave hasta cinco años [**art. 33.3.b) CP**]<sup>178</sup>. Aparecen frecuentemente en la Parte Especial del Código como pena principal, pero también pueden ser accesorias, a tenor de lo dispuesto en el **art. 56 CP**, de las penas de prisión inferiores a diez años, si los derechos de los que privan hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 579.2 CP. Esta disposición se refiere a los delitos de terrorismo, y ha sido introducida por la LO 7/2000. Para estos delitos se ha previsto además una pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre 6 y 20 años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, por lo que, junto a la inhabilitación especial que pudiese imponerse como accesoria, se impondrá también la inhabilitación absoluta.

Entre las inhabilitaciones especiales que enumera el art. 56 CP no figura la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, aunque a través del expediente de la inhabilitación especial para cualquier otro derecho se salva esta omisión.

Las inhabilitaciones especiales tienen una duración de 3 meses a 20 años cuando son principales (**art. 40 CP**)<sup>179</sup>, y como accesorias menos de 10 años (**art. 56 CP**). No obstante, su duración máxima puede alcanzar los 30 años cuando la pena superior en grado supere el límite máximo general de 20 años (**art. 70.2.2º CP**).

178. La LO 15/2003 elevó la frontera entre pena grave y menos grave de los tres años de antes a los cinco actuales de inhabilitación especial.

179. La LO 15/2003 ha disminuido el límite inferior de la misma para ajustar su duración, cuando opera como pena accesoria, a la nueva duración de la pena de prisión.

## b) *Las distintas clases de inhabilitación especial*

### i. Inhabilitación especial para empleo o cargo público

A tenor de lo dispuesto en el **art. 42 CP**, «la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo<sup>180</sup>, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación».

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público tiene en común con la inhabilitación absoluta que ambas penas producen la pérdida definitiva de los honores y del empleo o cargo sobre el que recaen<sup>181</sup>. Sin embargo, se diferencian en que la inhabilitación absoluta recae sobre todos los honores, empleos o cargos públicos que tuviera el penado en el momento de cometer el delito, mientras que la inhabilitación especial del art. 42 CP recae sólo sobre el concreto empleo o cargo público y los honores que le sean anejos y que tuviere el penado en el momento de comisión del delito<sup>182</sup>.

180. Esta aclaración («aunque sea electivo»), que ha sido introducida por la LO 15/2003 para asimilarla a la inhabilitación absoluta, hace alusión a una de las formas de acceso a la función pública. Sin embargo, lo decisivo no es la forma en que se accede, sino el desempeño del cargo, por lo que más conveniente hubiese sido que en vez de añadir esta aclaración a la inhabilitación especial la hubiese suprimido de la inhabilitación absoluta. Si la ley no distingue entre cargo electivo y no electivo, sobraba esta aclaración.

181. Este efecto, como ya hemos explicado, es perfectamente compatible con que luego se fije una duración temporal a esta pena. Su duración es a efectos de la incapacidad para volver a obtener ese cargo u otros similares. Aunque se puedan distinguir estos dos efectos, sin embargo, la pena puede ser concebida como un todo unitario, como ha hecho el Tribunal Especial de Conflictos de Jurisdicción del art. 38 LOPJ en el «caso Gómez de Liaño» [*supra* § 15.1.b)].

182. Sobre la distinción entre la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial y la suspensión para empleo o cargo público, véanse, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, «Las inhabilitaciones para cargo público», LH-Cerezo Mir (2002), 1095 ss.; ZUBIRI, «Las penas de inhabilitación y suspensión», en *Revista Aragonesa de Administración Pública* 11 (1997), 335 ss.

Por otra parte, la inhabilitación especial para el empleo o cargo público se diferencia de la pena de suspensión de empleo o cargo público del art. 43 CP, en que aquélla supone la privación definitiva del cargo o del empleo sobre el que recae, así como la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena. En cambio, la suspensión produce sólo el efecto de privar al penado de su ejercicio durante el tiempo de la condena, reincorporándose al servicio tras el cumplimiento de la misma.

De todas formas, esta distinción entre penas de inhabilitación como privación definitiva y suspensión como mera privación temporal de su ejercicio, no se cumple en las inhabilitaciones especiales para profesión, oficio, industria o comercio del art. 45, en las que solamente se priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena.

Por otra parte, el art. 42 CP requiere que han de «especificarse» en la sentencia los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación. De este modo se acoge una exigencia que venía siendo reclamada desde hace tiempo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

En cuanto a la privación de los «hombres que le sean anejos» han de considerarse como tales los propios del empleo o cargo, es decir, los que llevan consigo el ejercicio de una función similar a la propia del empleo o cargo sobre el que ha recaído la inhabilitación especial. Y en cuanto a los empleos, cargos y honores «análogos» han de deducirse de lo dispuesto en la sentencia, por lo que ésta deberá indicar algún criterio que permite realizar la indicada analogía.

## ii. Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo

De entre las penas de inhabilitación que el CP/1995 mantiene del ACP, quizás sea esta la que mayores cambios ha experimentado. En efecto, el art. 37 ACP establecía que la inhabilitación especial para el derecho de sufragio privaba al pena del derecho de elegir y de ser elegido. En cambio, en el actual **art. 44 CP**, «la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos».

No se contempla, por tanto, la privación del derecho de sufragio activo. Esta privación ha desaparecido igualmente de la pena de inhabilitación

absoluta, que antes era uno de los tres efectos que comportaba dicha pena (art. 35.2º ACP). Por tanto, se puede decir que en nuestro país, que se configura como un Estado social y democrático de Derecho, las leyes penales no pueden privar a nadie a ejercer su derecho al voto.

No obstante, podría uno preguntarse si dicha posibilidad no cabría incluirla dentro de la pena de inhabilitación especial para cualquier otro derecho prevista en el art. 45 CP. Aunque una interpretación gramatical no impediría esta solución, sin embargo, conforme a una interpretación histórica y sistemática de esta pena habría que negar tal posibilidad. En efecto, si nos fijamos en los trabajos parlamentarios se observará que el Proyecto de Ley inicialmente presentado por el Gobierno preveía tal posibilidad, pero durante el trámite parlamentario desapareció. Por otro lado, en la **Disposición Derogatoria única 1.f) CP**, se deroga expresamente la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo en los delitos electorales contenidos en la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (art. 137). No sería lógico que se suprimiese en estos delitos, en los cuales podría tener más sentido, y en cambio, se mantuviese con carácter general para cualquier delito.

La pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo afecta al derecho fundamental previsto en el art. 23 CE a participar en los asuntos públicos. El contenido de esta pena es similar a la inhabilitación para empleo o cargo público. Sin embargo, no se produce ninguna superposición, porque, por un lado, la inhabilitación para empleo o cargo público no afecta a la capacidad para ser elegido para otro empleo o cargo público distinto y no análogo del que se le priva, y por otro lado, porque la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo no produce la privación del cargo para el que ya ha sido elegido. Además, la privación del derecho de sufragio pasivo abarca todos los cargos públicos y no sólo un determinado cargo y sus análogos, como sucede en la inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Esta pena puede imponerse como accesoria de las penas de prisión inferiores a 10 años. La redacción del art. 56 CP, que es donde se prevé esta posibilidad, ha experimentado un importante cambio a raíz de la entrada en vigor de la LO 15/2003. Antes, la redacción de este precepto permitía entender que para imponer como accesoria la inhabilitación para el derecho de

sufragio, éste debería haber tenido relación directa con el delito cometido, lo cual, verdaderamente, no era fácil<sup>183</sup>. Ahora, el art. 56 CP ha separado en tres números distintos las penas accesorias a penas de prisión inferiores a 10 años: 1º. Suspensión de empleo o cargo público; 2º. Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; y 3º. Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, y solamente ha exigido en este número, que estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido.

Por lo tanto, desde la entrada en vigor de la LO 15/2003 la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo se puede imponer como accesoria sin necesidad de que exista una conexión entre este derecho y el delito cometido, como por otra parte venía admitiendo la jurisprudencia. Esta opción legislativa parece oponerse a los principios político-criminales más modernos de restricción de los efectos de las penas privativas de derechos. Pero por otro lado, dicha ampliación de ámbito de operatividad puede tener su sentido, puesto que «todos los delitos [electorales]», que serían aquellos que presentan una conexión más estrecha con esta pena, se encuentran ya castigados con la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo según el art. 137 LOREG.

### iii. Inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio

Según el **art. 45 CP**, «la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio..., que ha de concretarse expresa y motivadamente en

183. El CP sólo ha previsto esta pena como principal en el delito del art. 559, consistente en la comisión de una grave perturbación del orden público con objeto de impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos cívicos. Sin embargo, un delito electoral como el previsto en el art. 558 CP (desórdenes públicos en colegio electoral) no se le impone esta pena como principal, ni tampoco cabía imponerla como accesoria, si se entendía que había que exigir una conexión entre esta pena y la comisión del delito.

La LO 15/2003 ha modificado el art. 558 CP, y entre otras modificaciones, permite ahora imponer además de la prisión o multa previstas, la pena de privación de acudir a los lugares en donde se haya cometido ese desorden. Así, si el desorden se ha cometido en colegio electoral, podría pensarse que se estaría privando del derecho de sufragio activo. Sin embargo, no es así, puesto que este derecho se podría ejercer por correo.

la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena»<sup>184</sup>.

Esta inhabilitación existía también en el ACP, sin embargo, junto a la «profesión» y el «oficio», el CP/1995 ha añadido, aunque más bien con afán ejemplificativo, la «industria» y el «comercio». De hecho, buena prueba de que estos otros términos no añaden nada nuevo a lo que ya existía es que en el Lib. II del Código, cuando se prevé como pena principal esta clase de inhabilitación, alude a ella de muy diversas formas, a veces concreta incluso la clase de profesión para la que se inhabilita: sanitaria, educativa, de abogado o procurador. Todas estas variantes vienen a significar lo mismo, esto es, que esta pena consiste en la privación de una determinada actividad laboral del sujeto.

La profesión, oficio, industria o comercio habrá de «concretarse expresa y motivadamente en la sentencia», lo cual significa que debe establecerse una vinculación entre la profesión para la se inhabilita y el delito cometido. Esta misma exigencia se ha previsto también cuando esta inhabilitación opera como pena accesoria (**art. 56.1.3º CP**). La justificación de esta exigencia estriba en que no se puede restringir genéricamente el derecho constitucional al trabajo (art. 35 CE), de tal modo que, como se suele decir, implique en la práctica una “condena al hambre”. El derecho al trabajo sólo se puede restringir en aquello en que sea estrictamente imprescindible. Por tanto, deberá limitarse a aquella profesión, oficio, industria o comercio que se haya utilizado como medio para delinquir. Esta pena cumple también un fin preventivo, que consiste en que el inhabilitado no pueda volver a cometer un delito sirviéndose para ello de la profesión, oficio, industria o comercio que desempeña.

#### iv. Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

Según el **art. 46 CP**, «la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de

184. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha añadido en el art. 39 b) CP la expresión «u otras actividades previstas en este Código». Sin embargo, el art. 45 CP no se ha modificado de modo paralelo.

los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena». La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha añadido una facultad de arbitrio judicial a la hora de imponer esta pena al permitir que «el juez o tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso».

Esta inhabilitación especial no existía en el ACP, o por lo menos no existía con esa denominación. La denominación se puede decir que es nueva, pero el contenido no es completamente desconocido en nuestra legislación. En efecto, con la incorporación de esta pena al CP se viene a recuperar, en parte, aquella pena denominada interdicción civil<sup>185</sup>, que en su día estuvo prevista como pena principal en algún delito y como pena accesoria de la pena de muerte y de la reclusión mayor<sup>186</sup>. Si bien hay que decir que se recupera sólo en parte, pues no se recoge todo el contenido que tenía la vieja interdicción. Por ejemplo, la privación del derecho a disponer de bienes propios en actos *inter vivos*, no está permitida, con buen criterio, en el CP/1995.

La interdicción civil fue suprimida por la LO 8/1983, de 25 de junio, aunque hay que advertir que permaneció como medida cautelar para ciertos delitos (libertad sexual, abandono de familia y utilización de menores para la mendicidad)<sup>187</sup>. Precisamente, en el CP/1995 esta inhabilitación se ha previsto como pena principal para estos mismos delitos: libertad sexual

185. **Art. 43 CP/1944:** La interdicción civil privará al penado, mientras la estuviere sufriendo, de los derechos de patria potestad, tutela, participación en el Consejo de familia, de la autoridad marital, de la administración de bienes y del derecho de disponer de los propios por actos entre vivos. Exceptúanse los casos en que la Ley limita determinadamente sus efectos.

186. Véase el art. 45 CP/1944.

La interdicción civil podía producir efectos en los condenados a pena de muerte si resulta que esta pena no llegare a ejecutarse, por el motivo que fuese.

187. Sobre la pena de interdicción civil y su derogación, véanse, entre otros, GONZÁLEZ RUS, «La supresión de la pena de interdicción civil», LL 1984-4, 1088 ss.; MANZANARES SAMANIEGO, «La pena de interdicción civil», ADPCP 1979, 345 ss.; MORALES PRATS, «Fundamento político criminal de la supresión de la pena de interdicción civil», RJCcat 1986, 155 ss.

(art. 192.2), abandono de familia (art. 226.2) y abandono de menores o incapaces (art. 233.1).

Además de en estos delitos, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento familiar se ha previsto también en otros, como por ejemplo, y en virtud de lo dispuesto en el LO 11/2003, de 29 de septiembre, para la mutilación genital de menores o incapaces (art. 149.2) y para el delito de violencia en el ámbito familiar, si bien con carácter facultativo y en interés del menor o incapaz (arts. 153 y 173.2). Lo que sucede es que el legislador no siempre le ha otorgado el mismo ámbito punitivo, pues unas veces se refiere sólo a la patria potestad (como sucede en el delito de suposición de parto del art. 220.4 y de sustracción de menores del art. 225 bis, introducido por la LO 9/2002), o en otros casos deja fuera alguna de estas instituciones familiares, como por ejemplo, el acogimiento familiar en el delito de alteración de la paternidad del art. 221.1 (en la redacción dada por la LO 15/2003) o en los delitos contra la libertad sexual (a tenor de lo dispuesto en el art. 192.2); en otros casos deja fuera la curatela, como sucede con el abandono de familia del art. 226.2; en otros la patria potestad y el acogimiento, en el delito de negociaciones prohibidas de tutores, curadores o albaceas del art. 440. Pero lo que más llama la atención es que en unos casos sea de carácter preceptivo (arts. 221, 225 bis y 440) y en otros facultativo (los demás).

Esta pena produce efectos distintos según que se refiera a la patria potestad o a otro tipo de relaciones familiares. En el caso de la patria potestad, la inhabilitación para su ejercicio comporta la privación de los derechos, aunque no de los deberes inherentes a la misma. Esto es importante subrayarlo. A diferencia de lo que sucede con la inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial para empleo o cargo público, dicha privación no tiene por qué ser definitiva, pues, a tenor de lo dispuesto en el art. 170 CC, «los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación». Si esta inhabilitación se refiere a la tutela, curatela, guarda o acogimiento familiar, supone la extinción de dicha relación, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena.

Por otro lado, la privación de la patria potestad parece que trae consigo la extinción de la tutela, curatela, guarda o acogimiento familiar, pero

la extinción de cualquiera de éstos no conlleva, en principio, la privación de la patria potestad.

Por último, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el **párr. 2º de la DA 2ª CP** para lograr una mejor coordinación entre los Tribunales de Justicia y las entidades públicas que tengan encomendada la protección de los menores y el Ministerio Fiscal. Con el fin de evitar que se produzcan situaciones de desamparo se establece en esta disposición que «en los supuestos en que el Juez o Tribunal acuerde la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, el acogimiento, la guarda, tutela o curatela, la comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias». En particular, conforme a lo dispuesto en el LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

#### v. Inhabilitación especial para cualquier otro derecho

El **art. 45 CP**, junto a la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio, recoge también, de un modo un tanto criticable, una pena de inhabilitación especial para cualquier otro derecho. Según el citado precepto, «la inhabilitación especial para... cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlo durante el tiempo de la condena».

Resulta muy criticable, como decíamos, la formulación ambigua y vaga de esta pena, por cuanto que no satisface las exigencias de taxatividad que dimanarían del principio de legalidad. En principio, cualquier derecho podría verse afectado por esta pena, lo cual representa una inseguridad jurídica que, así formulada, de un modo genérico, contradice abiertamente el principio de legalidad. La exigencia de que deba concretarse en la sentencia expresa y motivadamente el derecho al cual afecta la inhabilitación no subsana del todo la crítica, puesto que lo que el principio de legalidad exige en primer lugar es que la pena esté determinada por la ley, y no por el juez.

Si hay que respetar la exigencia de que la pena esté determinada por la ley, una posible explicación de esta cláusula abierta pudiera ser que con ella se pretenda cobijar en su seno aquellas otras penas privativas de derechos

previstas en la Parte Especial del Código, pero que no figuran expresamente dentro del catálogo de penas privativas de derechos. Así, esta cláusula pudiera estar haciendo referencia a otras inhabilitaciones como la prevista en el art. 262 (cuando de una persona física se trate), por un lado, y la de los arts. 334, 335 y 336 [en la redacción dada por la LO 15/2003], por otro, que incluyen, respectivamente, la inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales o para contratar con las Administraciones Públicas y la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar. Si la inhabilitación prevista en el art. 262 CP se impone a una persona jurídica, su naturaleza se convierte, a nuestro juicio, en consecuencia accesoria (*infra* § 43.1.1).

### 3. Suspensión de empleo o cargo público

Además de las inhabilitaciones absoluta y especial de empleo o cargo público, el derecho a desempeñar un empleo o cargo público puede ser objeto de otras restricciones. No se trata de privar definitivamente de su ejercicio, como sucede en las inhabilitaciones, sino de limitar temporalmente la posibilidad de desempeñar dicho empleo o cargo. Esta otra restricción constituye el contenido básico de la pena de suspensión de empleo o cargo público, prevista en el **art. 43 CP**. Según este precepto, «la suspensión de empleo o cargo público priva de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena».

Por tanto, la diferencia entre la suspensión, por un lado, y la inhabilitación absoluta y la especial para cargo o empleo público, por otro, estriba en que éstas producen la privación definitiva del empleo o cargo público, mientras que la suspensión se limita a privar de su ejercicio durante el tiempo de la condena, pudiendo tras ella reincorporarse al servicio.

Se distinguen además en que la suspensión no afecta a la posibilidad de obtener otro empleo o cargo público análogo durante el tiempo de la condena, cosa que las inhabilitaciones sí.

La pena de suspensión de empleo o cargo público puede ser principal o accesoria. Como pena *principal* su duración es de tres meses a seis años (**art. 40.1 CP**), siendo pena grave si es por tiempo superior a 5 años [**art. 33.2.d CP**] o menos grave si no supera los 5 años [**art. 33.3.c CP**]. No obstante, su

duración máxima puede alcanzar los 8 años cuando la pena superior en grado supere el límite máximo general de 6 años (**art. 70.3.3º CP**)<sup>188</sup>.

La pena de suspensión de empleo o cargo público también puede ser *accessoria* de las penas de prisión inferiores a 10 años. En este caso, la suspensión podrá tener una duración de 10 años menos 1 día. Hay que resaltar, como ya vimos al exponer la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo [*supra* § 15.2.b).ii.], que la redacción del art. 56 CP, en este punto, ha experimentado una importante modificación con la LO 15/2003. Si antes la redacción de este precepto permitía entender que para imponer como *accessoria* la suspensión para empleo o cargo público, éste debería haber tenido relación directa con el delito cometido, ahora en cambio, el art. 56 CP ha separado en tres números distintos las penas *accessorias* a penas de prisión inferiores a 10 años, y solamente ha exigido dicha vinculación para la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, por lo que hay que entender que ni la suspensión de empleo o cargo público, ni tampoco la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo lo exigen, lo cual, a mi juicio, puede ser discutible.

## § 16. Las privaciones de determinados derechos

Además de las inhabilitaciones y suspensiones que hemos visto, el catálogo de penas privativas de derechos previsto en el CP se complementa

188. Esta disposición ha sido introducida *ex novo* por la LO 15/2003. Antes no se había previsto para esta pena un límite superior a los 6 años en el caso de tener que aumentar un grado la misma. Por eso, se acudía a lo dispuesto en el **art. 72 CP**, que preveía el uso analógico de las reglas de determinación de la pena. Por cierto, esta posibilidad de analogía ha desaparecido también con la LO 15/2003 (*infra* § 23.3). En el caso de que por aplicación de las reglas de determinación de la pena superior en grado se superase ese límite, se había sugerido que puesto que las inhabilitaciones aumentaban el límite máximo de 20 a 25 años, es decir, un 25 %, lo hiciese también en la misma proporción la pena de suspensión, con lo que el límite máximo de la pena superior en grado se situaría en los 7 años y medio. Actualmente, como hemos dicho, tras la aprobación de la LO 15/2003 este límite se sitúa en los 8 años.

con otras privaciones. Concretamente, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; la privación del derecho a la tenencia y porte de armas; la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; y la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas. Veamos cada una de ellas.

## 1. Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores

Según el **art. 47 párr. 1º CP**, «la imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia».

La pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, al igual que las otras penas que reunimos bajo este epígrafe, son las únicas que pueden ser graves, menos graves y leves. En particular, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores es *grave* cuando su duración sea superior a 8 años [**art. 33.2.e) CP**], *menos grave* cuando su duración sea de 1 año y 1 día a 8 años [**art. 33.3.d) CP**], y *leve* cuando es de 3 meses a 1 año [**art. 33.4.a) CP**]<sup>189</sup>. Su duración es de 3 meses a 10 años (**art. 40.2 CP**), si bien excepcionalmente puede alcanzar los 15 años cuando la pena superior en grado exceda del límite de los 10 años fijado con carácter general (**art. 70.3.4º CP**).

La pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores viene a sustituir a la antigua privación del permiso para conducir vehículos a motor o de la licencia para conducir ciclomotores. La actual formulación es técnicamente más correcta, puesto que zanja la vieja polémica de si la aplicación de esta pena privativa de derechos se circunscribía únicamente a quienes estaban ya en posesión del permiso o de la licencia de conducir o comprendía también a quienes no lo tuvieran, impidiéndoles la posibilidad de obtener los mismos<sup>190</sup>. La nueva redacción no se refiere ya

189. La LO 15/2003 ha elevado el límite entre la pena grave y la pena menos grave de 6 a los 8 años que rigen actualmente.

190. Sobre esta polémica, véase, entre otros, ASENSIO CANTISÁN, «La aplicación de la Constitución por el juez y la pena privativa de la facultad de obtener el permiso de conducir», LL 1983-1, 1246 ss.

a un título como es el permiso o la licencia, sino a un derecho, por lo que deberá entenderse que tal pena es aplicable tanto si el sujeto estaba habilitado legalmente para conducir como si no lo estaba.

Esta pena está prevista en la Parte Especial del Código como pena principal en aquellos casos en que el vehículo a motor o el ciclomotor aparecen como medios o instrumentos utilizados para la comisión del delito o de la falta. Por ejemplo, en el homicidio por imprudencia grave del art. 142.2, en las lesiones por imprudencia grave del art. 152.2, en los delitos contra la seguridad del tráfico (arts. 379 ss.), y en la falta del art. 621.4.

Particularmente, en el art. 379 CP se había planteado una duda acerca del contenido que podía tener esta pena en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas. Este artículo, en su redacción originaria, establecía que además de las penas de arresto de fin de semana o multa previstas, había que imponer, «en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, *respectivamente*, por tiempo superior a uno y hasta cuatro años». Este adverbio dio lugar a una cierta vacilación en la jurisprudencia menor acerca de si la pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores era una pena conjunta que comprendía la privación de ambos derechos o si por el contrario se trataba de dos penas distintas: la de conducir vehículos de motor, por un lado, y la de conducir ciclomotores, por otro. La Consulta de la FGE nº 4/1998, de 14 de julio, se inclinó por que alcanzase a ambos derechos, y la LO 15/2003, de 25 noviembre, parece que se decanta también por este criterio al suprimir el mencionado adverbio<sup>191</sup>. También lo ha suprimido en el art. 621.4 CP.

Esta pena se refiere exclusivamente a los vehículos a motor y ciclomotores. Los conceptos de «vehículo a motor» y «ciclomotor» se encuentran, respectivamente, en los nºs 9 y 7 del Anexo al Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (aprobado

191. Sobre esta cuestión en particular, véase, entre otros, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «Consideraciones metodológicas sobre el alcance de la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores en la legislación penal», AP 2003, 791 ss., quien particularmente también considera que esta pena abarca conjuntamente ambos derechos.

por RD-Legislativo 339/1990, de 2 de marzo; el concepto de ciclomotor ha sido modificado también por la Ley 43/1999, de 25 de noviembre, sobre adaptación de las normas de circulación a la práctica del ciclismo)<sup>192</sup>. Por tanto, esta pena no comprende la privación del derecho a conducir otros vehículos, como puedan ser barcos, aviones u otros medios de locomoción que no entren en esos conceptos. No obstante, para estos otros medios de locomoción cabría imaginar la posibilidad de aplicar la pena de inhabilitación especial de cualquier otro derecho, lo que sucede es que esta pena podría llegar a tener una duración mayor que la del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Por último, hay que destacar que la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores se ha previsto también como medida de seguridad no privativa de libertad (**art. 96.3.7ª CP**), pudiendo llegar su duración hasta 10 años [**art. 105.2.b) CP**].

## 2. Privación del derecho a la tenencia y porte de armas

Según el **párr. 2º del art. 47 CP**, «la imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia».

192. Nº 7: Ciclomotor: tienen la condición de ciclomotores los vehículos que se definen a continuación:

a) Vehículo de dos ruedas, provistos de un motor de cilindrada no superior a 50 cm<sup>3</sup>, si es de combustión interna, y con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h.

b) Vehículo de tres ruedas, provisto de un motor de cilindrada no superior a 50 cm<sup>3</sup>, si es de combustión interna, y con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h.

c) Vehículos de cuatro ruedas cuya masa en vacío sea inferior a 350 kg, excluida la masa de las baterías en el caso de vehículos eléctricos, cuya velocidad máxima por construcción no sea superior a 45 km/h y con un motor de cilindrada igual o inferior a 50 cm<sup>3</sup> para los motores de explosión, o cuya potencia máxima neta sea igual o inferior a 4 kW, para los demás tipos de motores.

Nº 9: Vehículo de motor. Vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores y los tranvías.

Esta pena es una novedad que introduce el CP/1995 en el sistema de penas, pues no estaba contemplada en el ACP como tal. Lo estaba únicamente como medida de seguridad para los enajenados o para quienes hubiesen cometido el hecho bajo trastorno mental transitorio [arts. 8.1º. c) y 9.1ªACP].

Su denominación es un tanto redundante, pues bastaría con aludir a la privación del derecho a la tenencia, pues mal se puede portar un arma sin tenerla. Lo uno necesariamente implica lo otro.

En cuanto a la duración de esta pena puede ser de 3 meses a 10 años (**art. 40.2 CP**). No obstante, existe un par de excepciones en que se puede superar este límite máximo de 10 años:

- En primer lugar, cuando por el juego de la pena superior en grado se superen los 10 años, el límite máximo de duración se eleva hasta alcanzar los 20 años (**art. 70.3.5º CP**)<sup>193</sup>.
- Y en segundo lugar, el delito de tenencia, depósito, tráfico de armas de guerra, químicas o biológicas del **art. 566.1.1º CP** en relación con el art. 570.1 CP tiene contemplada ya directamente una pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas que puede llegar a alcanzar los 13 años de duración.

Según su duración esta pena se clasifica en *grave*, cuando es por tiempo superior a 8 años [**art. 33.2.f) CP**], *menos grave*, cuando es de 1 año y 1 día a 8 años [**art. 33.3.e) CP**], o *leve*, cuando es de 3 meses a 1 año [**art. 33.4.b) CP**].

La LO 15/2003 ha introducido algunas novedades en esta pena que merecen destacarse. Quizás la más llamativa sea que se ha previsto para los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, a tenor de lo dispuesto en el art. 570.1 CP. De modo un tanto incomprensible, la redacción originaria de estos delitos en el CP/1995 no la había previsto. No obstante, la LO 15/2003 no ha resuelto todos los problemas que se planteaban con la anterior regulación. Concretamente, no se entiende que

193. La LO 15/2003 ha elevado este límite de los 15 años de antes, que es también el límite que rige para la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, a 20 años.

no se haya contemplado, ni siquiera como pena accesoria<sup>194</sup>, para aquellos delitos en los que el arma es el medio o instrumento para cometer el delito. Ciertamente, se ha previsto para el homicidio y lesiones imprudentes (arts. 142.2, 152.2 y 621), pero no para esos mismos delitos en su modalidad dolosa. Además de en estos preceptos, se ha previsto también para los delitos de malos tratos en el ámbito familiar (arts. 153 y 173.2, en la redacción dada por la LO 11/2003).

El concepto de «arma» a efectos de delimitar el alcance de esta pena, es un concepto discutido en la doctrina. Se discute si se debe exigir el requisito de la necesidad para su uso de una licencia administrativa. Sin embargo, esta cuestión no puede contestarse *a priori*, sino que viene determinada por las características del arma a efectos de esta pena. Parece que no debe seguirse un concepto amplio de arma como el manejado en el delito de lesiones o en el de robo con violencia (arts. 148 y 242), y más concretamente, parece que hay que entender que se refiere exclusivamente a las armas de fuego. En favor de esta interpretación restrictiva del concepto de arma cabe señalar que sería absurdo que el mismo alcanzase a las armas blancas, pues éstas son susceptibles de uso habitual en la vida por cualquier persona y cuya adquisición y tenencia es libre para las personas mayores de edad (art. 106 RD 137/1993, de 29 de enero, que aprueba el Reglamento de Armas). Además, los arts. 142.2 y 152.2 CP limitan expresamente esta pena a las armas «de fuego».

El Reglamento de Armas no contiene una definición de lo que es arma de fuego, sino que lo que hace es clasificar en distintas categorías las

---

194. Ni el art. 55 CP que recoge las penas accesorias de las penas de prisión de 10 o más años de duración, ni el art. 56 sobre las penas accesorias de las de prisión inferiores a 10 años, ni el art. 57 que sólo se refiere a las prohibiciones del art. 48 como penas accesorias en determinados delitos, mencionan entre las penas accesorias la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Únicamente podría imponerse en los casos abarcados por el art. 56, pero solamente si se admite, lo cual puede ser discutible, que se pueda imponer a través de la cláusula genérica de inhabilitación para «cualquier otro derecho». Aún así, téngase en cuenta que el art. 56 CP se refiere únicamente a las penas de prisión inferiores a 10 años. El homicidio doloso, por ejemplo, que tiene señalada una pena 10 a 15 años, no podría castigarse, ni siquiera por la vía de las penas accesorias, con la privación del derecho de tenencia y porte de armas.

armas, tanto las que son de fuego como las que no lo son. No obstante, en términos generales se puede definir el arma de fuego como aquella que mediante la deflagración de una carga impulsora, normalmente pólvora, propulsa proyectiles, resultando apta para la defensa o el ataque.

Si limitamos el alcance de las armas a las de fuego, hay que tener en cuenta que según el art. 96.1 del Reglamento de Armas, «nadie podrá llevar ni poseer armas de fuego en territorio español sin disponer de la correspondiente autorización expedida por los órganos administrativos a quienes este Reglamento atribuye tal competencia». Así pues, cabe deducir que la necesidad de licencia administrativa para el uso del arma es requisito imprescindible en esta pena.

Si se admite esta interpretación, habrá que concluir también que en caso de que el condenado a esta pena tenga un arma de fuego no reglamentada, puesto que con carácter general está prohibida su tenencia, no se puede decir que tenga derecho a tenerla y portarla, por lo que no se puede decir en sentido estricto que haya quebrantado la pena impuesta. A nuestro juicio, en este supuesto no habría un concurso de delitos, sino que sólo sería punible según lo dispuesto en el art. 563 CP. En cambio, si el arma fuese reglamentaria, sí cabría un concurso ideal de delitos entre los arts. 468 y 564 CP, ya que el bien jurídico protegido es distinto en cada uno de ellos.

Por último, hay que destacar que la privación del derecho a la tenencia y porte de armas se ha previsto también como medida de seguridad no privativa de libertad (**art. 96.3.8<sup>a</sup> CP**), pudiendo llegar su duración hasta 10 años [**art. 105.2.a) CP**].

### **3. Penas privativas de derechos en interés de la víctima u otras personas**

#### *a) Consideraciones previas*

Bajo este epígrafe recogemos una serie de penas privativas de derechos que están diseñadas fundamentalmente para proteger a la víctima, a su familia y a otras personas relacionadas con ella. Su finalidad es, fundamentalmente, impedir que el autor vuelva a cometer nuevas infracciones sobre la misma víctima u otras personas relacionadas con ella.

Aunque se ha visto algún antecedente de estas penas en la prohibición de volver al lugar del delito o al lugar en que residiese la víctima o su familia, si fuesen distintos (art. 67 ACP)<sup>195</sup>, así como en la anterior pena de destierro (art. 88 ACP)<sup>196</sup>, sin embargo, se puede decir que estas penas son una novedad del CP/1995.

En su redacción originaria el CP/1995 únicamente había contemplado la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos. Sin embargo, posteriormente en virtud de la reforma operada por la LO 14/1999, de 9 de junio, de protección a las víctimas de malos tratos, se ha añadido la prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas que determine la autoridad judicial y la de comunicarse con ellas<sup>197</sup>. Finalmente, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha vuelto a reformar estas prohibiciones y parece que termina por considerarlas cada una de ellas como *penas autónomas*, pues de hecho, como veremos y dejando al margen el distinto contenido de unas y otras, existen algunas diferencias entre ellas en cuanto a su régimen legal.

Por tanto, podemos decir que existen tres penas privativas de derechos que atienden específicamente a los intereses de la víctima u otras personas que determine el órgano judicial, que según lo dispuesto en los tres primeros apartados del **art. 48 CP** se concretarían en las siguientes prohibiciones: la del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos; la de aproximarse a la víctima o a otras personas; y por último, la de comunicarse con ellas.

#### **Art. 48 CP:**

1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido

195. Sobre este antecedente, véase, entre otros, VAELO ESQUERDO, «Acerca de la llamada prohibición de residencia», ADPCP 1981, 849 ss.

196. Sobre esta pena, véanse, entre otros, MAPELLI CAFFARENA, «Extrañamiento, confinamiento y destierro», EJB, 3036 ss.; PUIG PEÑA, «Destierro», NEJ VII (1980), 325 ss.

197. Específicamente sobre estas novedades, véase, entre otros, COMAS DE ARGEMIR CENDRA, «Novedades legislativas introducidas por la LO 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares», CDJ 2001 t. V, 201 ss.

el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.
3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

[...].

## b) *Naturaleza*

Por lo que a la naturaleza de estas prohibiciones se refiere se podría decir que el contenido de las mismas se aproxima bastante a una pena privativa de libertad, o por lo menos restrictiva de libertad. Es cierto que por medio de la prohibición de acudir a un determinado lugar o de aproximarse a la víctima se podría decir que se ve limitada en cierta medida la libertad de movimientos de una persona, sin embargo, esto, a nuestro modo de ver, no la convierte en una pena privativa de libertad. No se puede decir que sea una pena privativa de libertad en sentido estricto.

Según vimos más arriba (*supra* § 7.1), las penas privativas de libertad consisten en la privación de la libertad ambulatoria mediante la reclusión del condenado en un lugar determinado, sometiendo al condenado, además, a un concreto régimen de vida. Mediante estas penas del art. 48 CP el condenado no se ve constreñido a moverse en un espacio reducido, sino al contrario, se puede mover libremente por todas partes, salvo por un lugar determinado. Sería, en una expresión gráfica, el negativo fotográfico de las penas privativas de libertad. Además, tampoco se ve sometido a un régimen de vida específico, sino que puede vivir como él quiera.

Esta pena, por tanto, tiene una naturaleza distinta a las penas privativas de libertad, y como tampoco se trata de una pena pecuniaria, habrá que considerarla, entonces, como una pena privativa de derechos (*supra* § 14.1).

En particular, con la prohibición de residir o de acudir a un determinado lugar se ve limitado el derecho de residencia y de circulación proclamado en el art. 19 CE. La prohibición de aproximarse a la víctima o a otras personas que determine el órgano judicial también limita el derecho de circulación. Sin embargo, la tercera y última prohibición, la de comunicarse con estas personas, no afecta al derecho de circulación, sino a la libertad de expresión del art. 20 CE. Por tanto, en esta última prohibición está mucho más clara su naturaleza distinta a la de las penas privativas de libertad.

### c) *Contenido*

Puesto que el CP contempla estas prohibiciones como tres penas diferentes, vamos a separar la exposición de su contenido en tres apartados.

#### i. Prohibición del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos

En cuanto a la primera prohibición a veces se la denomina como prohibición de residencia. Sin embargo, este *nomen* no se corresponde exactamente con el contenido que el Código le asigna, pues su contenido es todavía más amplio. El **art. 48.1 CP** establece que «la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado volver al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos». Por tanto, el contenido de esta pena no es propiamente la prohibición de residencia, sino la prohibición de ir o volver a un determinado lugar. Únicamente de modo indirecto afecta a la residencia, pues residir implica establecerse, tener domicilio, mientras que acudir o volver al lugar, supone una situación de hecho incluso momentánea o fugaz.

#### ii. Prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas

1. En cuanto a la segunda prohibición, el **art. 48.2 CP** dispone que «la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u

otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena».

Con esta prohibición sucede algo parecido que con la anterior. Aunque se la suela denominar como prohibición de aproximarse a la víctima, su contenido no se limita únicamente a esta prohibición. El art. 48.2 CP especifica que su contenido abarca también la prohibición de acercarse al domicilio, al lugar de trabajo u otro lugar que sea frecuentado por la víctima, sus familiares u otras personas que determine el Juez, pero sin necesidad de que estas personas se encuentren en dichos lugares. Por tanto, en este otro aspecto de la prohibición no se podría decir el condenado se haya aproximado a la víctima. Ésta se puede encontrar a miles de kilómetros de distancia. Sin embargo, siempre existe el peligro de que estando el condenado en dicho lugar, la víctima regrese. Por este motivo, la ley pretende con esta prohibición reforzar la garantía principal para la víctima que consiste en impedir que el condenado se le acerque. Con esta prohibición, además, se pretende garantizar también que el condenado no pueda tomar represalias, no ya directamente sobre la víctima, sino sobre los bienes de la misma.

Para el caso de los malos tratos en el ámbito familiar se daba la paradoja de que una persona podía resultar condenada a esta prohibición, y sin embargo, podía exigir que se cumpliera el régimen de visitas establecido en sentencia judicial y seguir viendo a sus hijos. Esta situación era tremendamente inapropiada para este tipo de delitos, pues resulta muy frecuente que los hijos sean utilizados, tristemente, como medio para infligir daño al cónyuge, y muchas veces los hijos acaban pagando la violencia de sus padres, bien física o bien psíquicamente. Por ello, parece adecuado que se adopte también algún tipo de solución en la cual se suspenda la posibilidad de que esto suceda. Para ello, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha añadido el último inciso de este apartado, según el cual la imposición de esta pena deja en suspenso, hasta el cumplimiento de la misma, también el

régimen de visitas adoptado en sentencia civil. El art. 48.2 CP aclara que esta consecuencia civil<sup>198</sup> se impondrá «en su caso».

Hay que aclarar que esta pena no está prevista exclusivamente pensando en la violencia en el ámbito familiar. Abarca también otros delitos, véase el art. 57 CP [*supra* § 5.2.a)]. Por eso, es posible que se imponga la prohibición de acercarse a una víctima con la que no se tenga ningún tipo de relación familiar.

2. El problema principal que plantea esta pena es el de delimitar el lugar al cual no puede acercarse el condenado. Este lugar viene expresado con los términos: «lugar donde se encuentren», «domicilio», «lugares de trabajo» y «cualquier otro que sea frecuentado por ellos». Sin embargo, no se aclara la extensión que tiene dicho lugar. Por ejemplo, cuando se habla del domicilio, ¿qué hay que entender por tal? ¿El piso, el edificio, la calle, el barrio, la ciudad...?

El concepto de «lugar» utilizado en esta pena parece que debe ser interpretado en sentido amplio, si bien no en sentido amplísimo. Es posible entender que el lugar donde se encuentre la víctima abarque un espacio más próximo al terreno por donde pisa, y que de este modo se extienda también a varias manzanas de casas, o a un barrio. Sin embargo, lo que resulta ya más discutible es que se extienda en cualquier caso a la ciudad entera donde se encuentre la víctima. Pensemos, por ejemplo, en una gran ciudad, como Madrid o Barcelona, en la cual es muy fácil que una persona no tenga ningún contacto en toda su vida con otra persona de esa misma ciudad. Esto quizás en un pueblo pequeño o en una ciudad pequeña no suceda, y que, por tanto, el lugar al que no pueda regresar el condenado abarque todo ese núcleo de población. Hay quien sugiere en este punto, por dotar de mayor objetividad a esta pena, establecer un círculo con un radio fijo, que pudiera ser el antiguo de 25 km. mínimo y 250 km. máximo de la pena de destierro, cuyo centro sería el lugar donde se encuentren las personas a

198. Sobre este tipo de consecuencias civiles en el ámbito de la violencia doméstica, véanse, entre otros, GARCÍA RUBIO, «Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la Orden de Protección», LL 2004-3, 1909 ss.; RIBOT IGUALADA, «Prevención de malos tratos familiares: ¿un papel para el Derecho civil?», LL 2001-6, 1487 ss.; SAURA ALBERDI, «Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», LL 2004-1, 1551 ss.

que se refiere esta pena, o el domicilio, o su lugar de trabajo, o cualquier otro que sea frecuentado por ellas. En cualquier caso, en la sentencia condenatoria debe establecerse con precisión esa extensión.

3. Por otra parte, BERISTAIN IPIÑA ha llamado la atención de que esta pena también puede influir en el ámbito penitenciario, refiriéndose particularmente a los delitos de terrorismo. También ha sugerido que *de lege ferenda* se permitiese que los trabajos en beneficio de la comunidad puedan consistir en trabajos en beneficio de las víctimas<sup>199</sup>.

Precisamente, esta última posibilidad ha sido admitida tras la LO 15/2003, y el art. 49 ha previsto que «los trabajos en beneficio de la comunidad... podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas». Sin embargo, parece que se da una cierta contradicción entre la prohibición de acercarse a la víctima y que a la vez se preste una labor en beneficio de la misma. ¿Cómo va a poder hacerlo sin acercarse a ella? Esta contradicción sólo puede ser salvada si se entiende que, en estos casos de doble condena, la asistencia a las víctimas se refiere a las víctimas de otros autores, y no a las víctimas que el propio penado haya generado.

Así, en la violencia de género esta posibilidad está descartada ya de antemano por la propia regulación. El art. 88.1 párr. 3º CP permite imponer para este tipo de delincuencia la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como pena sustitutiva [*supra* § 13.2.b).i.]. Sin embargo, hay que tener en cuenta que se prevé como obligatoria «la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código». Por lo que está descartando ya de antemano la posibilidad de prestar labores de asistencia o de ayuda a la propia víctima.

### iii. Prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas

Por lo que se refiere a la última prohibición, el **art. 48.3 CP** establece que «la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus

199. BERISTAIN IPIÑA, «El juez prohíbe al victimario su aproximación a las víctimas y ¿le obliga a atenderlas? (Artículos 57 y 49 del Código penal)», LH-Cerezo Mir (2002), 1029 ss.

familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual».

Prohibir a una persona acercarse a otra no impide, por sí solo, que se detenga un hostigamiento sobre la víctima. Es cierto que al no poder acercarse a la víctima disminuyen en gran medida las posibilidades de intranquilizar a ésta. Pero existen otras formas de seguir victimizando a las víctimas. Es sabido que el autor de un delito muchas veces no se detiene en el daño que ya ha causado, sino que sigue acosando a la víctima mediante llamadas telefónicas, mensajes a móviles, cartas anónimas... Esa ulterior victimización se puede producir, por tanto, no sólo con su presencia o cercanía, sino también por el mero contacto de cualquier tipo.

Si este contacto consiste en una injuria, estaríamos ante un concurso ideal de delitos entre el quebrantamiento de condena y el correspondiente delito contra el honor. Otro tipo de contactos han merecido atención específica por parte de la ley [*infra* § 16.3.f).2].

#### d) *Clasificación y duración*

El art. 39 CP, en la redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, otorga a cada una de estas penas una letra diferente [letras f), g) y h)]. En correlación con esta autonomía, el art. 33 CP las clasifica por separado, si bien las tres tienen un régimen casi idéntico.

La privación de estos derechos es pena que puede ser *grave*, si es por tiempo superior a 5 años [**art. 33.2.g), h) e i) CP**], *menos grave*, si es por tiempo de 6 meses a 5 años [**art. 33.3.f), g) y h) CP**], o *leve*, si la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos es por tiempo inferior a seis meses [**art. 33.4.c) CP**], o si la prohibición de aproximarse a la víctima o de comunicarse con ella es por tiempo de un mes a menos de seis meses [**art. 33.4. d) y e) CP**].

La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos tiene una duración de hasta 10 años. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas, o de comunicarse con ellas, tendrá una duración de un mes a diez años (**art. 40.3 CP**).

No obstante, la duración máxima de estas penas puede superar ese límite general de 10 años en diversos supuestos:

- Por un lado, puede alcanzar los 20 años cuando la pena superior en grado supere el límite máximo general de 10 años previsto (**art. 70.3.6º, 7º y 8º CP**).
- Por otro lado, en delitos mencionados en el **art. 57** que estén castigados con una pena de prisión, la duración de la prohibición o prohibiciones podrá ser entre un año y 10 más que la duración de la prisión, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. Si tenemos en cuenta que la duración máxima de la pena de prisión es de 40 años [art. 76.1.c) y d)], resulta que la duración de estas prohibiciones podría llegar hasta los ;50 años!

#### e) *Funciones*

Las prohibiciones contenidas en el art. 48 CP pueden desempeñar varias funciones. Concretamente, el contenido de estas privaciones de derechos puede operar en cinco ámbitos distintos, si bien con un peso muy dispar. Las prohibiciones del art. 48 CP se han previsto como pena principal, como pena accesoria, como medida cautelar, como condición de la suspensión o de la sustitución de una pena de prisión y como medida de seguridad.

A continuación haremos un breve repaso por estas cinco funciones<sup>200</sup>.

##### i. Pena principal

De la regulación sobre la clasificación y duración de estas penas, que hemos visto en el apartado anterior, se podría deducir que esta pena estaría prevista, en mayor o menor medida, como pena principal para algún delito en la Parte Especial del Código. Sin embargo, si se hace un repaso al Libro II y III del CP se podrá comprobar que solamente se ha previsto, como pena principal de carácter facultativo, en el delito de desórdenes públicos

200. Véase también, entre otros, LEAL MEDINA, «La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad», LL 2001-7, 1303 ss.

en espectáculos públicos de los arts. 557.2 y 558 (introducidos por la LO 15/2003), y además con un contenido reducido, consistente en la prohibición de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta.

Por tanto, como pena principal tiene un papel muy pequeño y no deja de ser llamativo que no se haya previsto como pena principal, precisamente, en aquellos delitos para los cuales se han diseñado este tipo de prohibiciones. Téngase en cuenta que la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal y la de comunicarse con estas personas fueron introducidas en el CP por la LO 14/1999, de 9 de junio, de protección a las víctimas de malos tratos. Sin embargo, su incorporación al Código ha sido sólo como penas accesorias.

## ii. Pena accesoria

En efecto, y dejando al margen la pequeña excepción comentada constituida por los desórdenes públicos, sólo se puede condenar a una persona con las prohibiciones del art. 48 CP como penas accesorias. Es más, la regla general es que tengan carácter facultativo, salvo que haya sido condenado por un delito de violencia en el ámbito familiar. Las prohibiciones del art. 48 CP se encuentran recogidas como penas accesorias en el art. 57 CP, que hasta el momento ha tenido cuatro redacciones distintas (LO 10/1995, de 23 de noviembre; LO 11/1999, de 30 de abril; LO 14/1999, de 9 de junio; y LO 15/2003, de 25 de noviembre)<sup>201</sup>.

La accesoriidad de estas penas, en todas las redacciones que ha tenido este precepto, depende, no como suele ser la regla general de la clase de pena impuesta, sino de la clase de delito cometido. Además, y esto es una novedad de la última reforma de 2003, su accesoriidad es, por regla general, por declaración judicial, sin embargo, para el caso de la violencia en el ámbito familiar, la prohibición de aproximarse a la víctima es por declaración legal.

201. Sobre las principales novedades introducidas por la LO 15/2003 en este precepto me remito a lo ya dicho *supra* § 5.2.a).β).

a) Como pena accesoria *por declaración judicial*, a tenor de lo dispuesto en el **párr. 1º del art. 57.1 CP**, las prohibiciones del art. 48 CP (una o varias) sólo se pueden imponer en caso de delitos de «homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden social». «Los jueces y tribunales» deberán atender como criterios para imponerlas «a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente».

La duración que tendrán en estos casos, con carácter general, «no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave». «No obstante lo anterior –añade el **párr. 2º del art. 57.1 CP**–, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave».

Esta disposición, como hemos dicho, dará lugar a que en algunos supuestos se supere el límite máximo de 10 años que con carácter general se prevé para estas penas en el art. 40.3 CP.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha previsto una regla que pretende evitar algunos problemas que se daban en la práctica en estos supuestos. Aunque la naturaleza de la pena de prisión, en principio, haría incompatible su cumplimiento simultáneo con las penas del art. 48, porque éstas quedarían vacías de contenido, sin embargo, hay que tener en cuenta que durante el cumplimiento de la pena de prisión se pueden disfrutar permisos de salida o se puede obtener también la libertad condicional. Por ello, y para conseguir que las prohibiciones del art. 48 CP puedan seguir desplegando sus efectos durante los permisos de salida o de la libertad condicional, se ha dispuesto en el **art. 57.1 párr. 2º in fine** que «la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea».

Asimismo, «también podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48 –según lo dispuesto en el **art. 57.3 CP**–, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620».

b) Como pena accesoria *por declaración legal*, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal se impone con carácter preceptivo «en los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos» en el ámbito familiar (**art. 57.2 CP**)<sup>202</sup>. Por cierto, entendido éste de un modo bastante extenso, en la línea de ampliación que se ha producido también con respecto a la circunstancia mixta de parentesco (art. 23), así como en el delito contra la integridad moral (art. 173). En estos casos, la duración de la prohibición del art. 48.2 CP «no excederá de diez años si el de-

202. CID MOLINÉ considera “poco razonable” la reforma en este punto, pues considera que no debería prescindirse de la opinión de la víctima “ni para imponer la prohibición ni para mantenerla” [«Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)», RdPP 12 (2004), 227]. “Respecto de lo primero –dice este autor–, quizá la mujer, en algún caso... quiera que el sistema penal haga algo con el maltratador –por ejemplo, que lo obligue a realizar un tratamiento–, pero quiere a la vez mantener la convivencia o relación con el infractor... Respecto de lo segundo, hay que ver qué pasará en los supuestos en que la mujer perdona o quiera reanudar la convivencia con el infractor. La obligatoriedad de imposición y mantenimiento de la medida entra en contradicción con su fundamento relativo a ser una medida dirigida a la protección de la víctima. La única solución que se me ocurre –además lógicamente de que se reforme la ley en el sentido propuesto– es que se trate la pena de prohibición de acercamiento como si fuera una medida de seguridad y, por ello, se acepte su suspensión prevista en el art. 97 c) CP, medida que permite que la prohibición pueda volver a ser adoptada en caso necesario” (227).

Llama también la atención sobre este problema DÍAZ ROCA, «Un paso atrás en la regulación de los malos tratos», AJA nº 663 (7 abril 2005), quien pone como ejemplo un caso en el que los dos cónyuges se pegaron mutuamente, los dos fueron condenados por un delito de malos tratos y a los dos hubo que imponerles, pese a que se reconciliaron, la pena de alejamiento. Véase, al respecto, la STS de 26 septiembre 2005 (Pte. J. Gíménez García), en virtud de la cual se declara, a mi juicio de modo discutible, que cuando es la persona en cuyo favor se adoptó la medida de alejamiento la que acepta reanudar la convivencia, queda sin sustento la prohibición de aproximación, y que por tanto no se comete el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP.

En cambio, MAGRO SERVET parece que se muestra satisfecho en este punto («Violencia de género: tres cuestiones de actualidad», LL nº 6244, 3 mayo 2005). No obstante, apunta el problema que se puede plantear cuando no se haya decretado una orden de protección (como medida cautelar) y la sentencia condenatoria del maltratador sea recurrida. Como ésta no deviene firme, aún no puede ser ejecutada. Este autor sugiere como solución que se dicte de oficio, antes de pronunciar la sentencia condenatoria, un auto por el que se decrete una orden de protección.

lito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior». Esto quiere decir que se puede prolongar la duración de la misma durante 10 años más, en caso de delitos graves, o entre 1 y 5 para los menos graves, de la pena de prisión impuesta, así como el cumplimiento simultáneo con ésta.

### iii. Medida cautelar

1. En tercer lugar, cabe señalar que el contenido propio de las prohibiciones del art. 48 CP puede adoptar también la forma de medida cautelar en un proceso judicial. No es una pena, porque todavía no ha recaído sentencia firme sobre el afectado. Sin embargo, la restricción de los derechos de residencia y de libre circulación es la misma que en la pena. En determinadas circunstancias y con la finalidad de proteger de modo inmediato a la víctima, puede ser aconsejable no tener que esperar a que se sustancie todo el procedimiento judicial, y la adopción de estas restricciones pueda anticiparse al momento de la condena definitiva.

La LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del CP y de la LECr en materia de protección a las víctimas de malos tratos, introdujo un nuevo **art. 544 bis LECr**, que con el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima en estos delitos, permite la adopción, entre las primeras diligencias, de una nueva medida cautelar de distanciamiento físico entre el agresor y la víctima<sup>203</sup>.

Según el **art. 544 bis LECr**, «en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la

203. Sobre la introducción de esta medida cautelar, véanse, entre otros, ARANGÜENA FANEGO, «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544 bis», AP 2000, 237 ss.; DE HOYOS SANCHO, «La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar», AP 2002, 803 ss.; TIRADO ESTRADA, «Violencia familiar y nuevas medidas cautelares penales de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», LL 1999-5, 1832 ss.

prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincial u otra entidad local, o Comunidad autónoma. – En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas. – Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpaado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización».

El art. 544 bis LECr ha sido reformado por la LO 13/2003, de 24 de octubre, en cuanto al régimen de incumplimiento de estas medidas cautelares, de tal modo que se puede llegar ahora a decretar la prisión provisional<sup>204</sup>. A tenor de esa modificación, «en caso de incumplimiento por parte del inculpaado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 de esta ley para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503 o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar».

2. La experiencia ha demostrado que la violencia en el ámbito familiar requiere una acción integral y coordinada que aúne tanto medidas cautelares penales sobre el agresor, (así las señaladas en el art. 544 bis LECr), como medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de estos delitos.

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha ampliado el catálogo de medidas cautelares que se pueden imponer en el ámbito de los delitos relativos a la violencia de género, al que se han incorporado la suspensión de la patria potestad o la custodia de menores (**art. 65 LO 1/2004**), la suspensión del régimen

204. Sobre esta novedad, véase, entre otros, DE URBANO CASTRILLO, «La prisión provisional del maltratador», AJA nº 602 (4 diciembre 2003).

de visitas (**art. 66 LO 1/2004**) y la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas (**art. 66 LO 1/2004**)<sup>205</sup>.

Con la finalidad de unificar los diversos instrumentos de amparo y de tutela a las víctimas de estos delitos se ha creado, por Ley 27/2003, de 31 de julio, la llamada *Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, prevista en el **art. 544 ter LECr**<sup>206</sup>.

Esta orden pretende, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 27/2003, que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ahora ante el **Juzgado de Violencia sobre la Mujer** (antes el competente era el de Instrucción)<sup>207</sup>, la víctima pueda obtener un

205. Sobre las novedades que introduce la LO 1/2004 en este punto, véase, entre otros, ORTEGA CALDERÓN, «Las medidas judiciales llamadas de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género en la LO 1/2004 de 28 de diciembre», LL 2005-5, 976 ss.

206. Sobre esta orden de protección, véanse, entre otros, CEREZO GARCÍA-VERDUGO, «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», LL 2003-5, 1613 ss.; DELGADO MARTÍN, «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», LL-Penal 2 (2004), 39 ss.; MAGRO SERVET, «La necesidad de protocolizar la lucha contra la violencia doméstica», LL 2001-7, 1366 ss.; «Hacia la optimización de las órdenes de protección a las víctimas de la violencia doméstica», LL 2002-4, 1821 ss.; «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», LL 2003-3, 1853 ss.; «La modificación de la regulación de la orden de protección en el Proyecto de Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», LL 2004-4, 1857 ss.

207. Como es sabido, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha creado los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con jurisdicción, en principio, para un partido judicial, aunque excepcionalmente se puede extender a dos o más (nuevo **art. 87 bis LOPJ**), y con competencia, en el orden penal, para «a) la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género»; «b) la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier

estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada las diversas medidas cautelares de naturaleza civil y penal. Con ello se pretende que en una misma resolución judicial se incorporen conjuntamente tanto medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor, para impedir su aproximación a la víctima o sus familiares, como medidas orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil.

Para facilitar la efectividad de las medidas cautelares que se integren en la orden de protección se ha creado también un Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, en el que constarán todas aquellas penas y medidas de seguridad acordadas en sentencia, así como las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación. La organización y contenido de este Registro, así como los procedimientos de inscripción, cancelación y consulta se encuentran regulados por el RD 355/2004, de 5 de marzo (modificado por el RD 513/2005, de 9 de mayo).

---

delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior»; «c) la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia»; «d) el conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado»; y «e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley» [esta última letra ha sido añadida por la LO 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la LOPJ para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina] (nuevo **art. 87 ter LOPJ**).

Asimismo, el art. 58 LO 1/2004 ha modificado el **art. 14 LECr**, en coordinación con lo dispuesto en la LOPJ, y también la Disp. Adic. 12ª LO 1/2004 introduce una nueva **Disp. Adic. 4ª LECr**, en virtud de la cual, «las referencias que se hacen al Juez de Instrucción y al Juez de Primera Instancia en los apartados 1 y 7 del artículo 544 ter de esta Ley, en la redacción dada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer».

Sobre la distribución competencial anterior, véase, entre otros, MAGRO SERVET, «Los Juzgados especializados de violencia doméstica», LL 1999-6, 1970 ss.; «La Instrucción 3/2003 de 9 de abril del CGPJ sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica», LL 2003-3, 1457 ss.

#### iv. Condiciones de la suspensión y de la sustitución de una pena de prisión

Además de pena (principal o accesoria) y de medida cautelar, las prohibiciones del art. 48 CP también pueden desempeñar el papel de condición de la suspensión o de la sustitución de una pena de prisión.

1. Como ya se ha visto [*supra* § 13.1.e).2], en el caso de que la pena que se suspenda sea la de prisión, el **art. 83.1 CP** prevé la posibilidad de que se puedan imponer unas determinadas *reglas de conducta*. Algunos de estos deberes y reglas de conducta coinciden con las prohibiciones del art. 48 CP, y así, el citado precepto establece que como reglas de conducta se pueden imponer las siguientes: 1.º Prohibición de acudir a determinados lugares; 2.º Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.

Con carácter general, la imposición de estas reglas de conducta es una facultad del juez o tribunal sentenciador («si lo estima necesario», dice el art. 83.1). Sin embargo, para el caso de los delitos relacionados con la violencia de género, según lo dispuesto en el **art. 83.1 *in fine* CP**, pensando inicialmente la LO 15/2003 en la protección de las víctimas de malos tratos, y posteriormente la LO 1/2004 en la rehabilitación del maltratador, ha convertido esta facultad en obligación, y en caso de suspensión de la pena privativa de libertad, ésta se condicionará a la prohibición de acudir a determinados lugares (regla 1ª del art. 83.1 CP), a la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos (regla 2ª del art. 83.1 CP), y a la participación de maltratador en programas de tipo formativo y de tratamiento psicológico (regla 5ª del art. 83.1 CP) [*supra* § 13.1.e).3].

2. Por otra parte, y también ha sido expuesto ya en otro momento [*supra* § 13.2.d).2], el **art. 88.1 CP** ha previsto para la sustitución, de modo similar que para la suspensión, que «el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código». Así pues, las prohibiciones del

art. 48 CP también se pueden imponer como reglas de conducta para el caso de la sustitución de una pena de prisión. No obstante, hay que tener en cuenta que estas reglas de conducta sólo se pueden imponer si no se han establecido ya como penas en la sentencia, y además, su duración no podrá exceder de la de la pena sustituida.

En el caso de que el reo hubiese sido condenado por algún delito relacionado con la violencia de género, la sustitución de la prisión, que, recordemos, sólo puede llevarse a cabo por la de trabajos en beneficio de la comunidad, deberá ir acompañada además de «la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico», por un lado, y por otro, de la observancia de la prohibición de acudir a determinados lugares y de la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos (**párr. 3º del art. 88.1 CP** en la redacción dada por la LO 1/2004)<sup>208</sup>. En estos casos, la sujeción a estas reglas de conducta es obligatoria, mientras que para el resto de las sustituciones es una facultad.

#### v. Medida de seguridad

Por último, el **art. 96.3 CP** ha previsto también como medidas de seguridad no privativas de libertad: «3ª. La obligación de residir en un lugar determinado. 4ª. La prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan. 5ª. La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego».

208. La diferencia con la redacción dada por la LO 15/2003 a este párr. 3º del art. 88.1 CP estriba en que antes tenía únicamente como ámbito de operatividad el delito de violencia habitual en el ámbito familiar del art. 173.2 CP, mientras que ahora, la LO 1/2004 lo ha extendido a todos los delitos relacionados con la violencia de género, que comprenden además de todo tipo de violencia física o psíquica ejercida contra las mujeres, que como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, también las agresiones contra la libertad sexual, las amenazas, las coacciones y las privaciones arbitrarias de la libertad.

Estas medidas de seguridad se imponen, como regla general, cuando la pena prevista para el delito cometido no fuere privativa de libertad (**art. 95.2**). Pero también cuando se considere adecuado imponerlas junto a las medidas de seguridad privativas de libertad de los arts. 101, 102 y 103 CP, en cuyo caso su duración no será superior a cinco años (**art. 105.1 CP**).

#### f) *Algunos aspectos sobre su ejecución*

1. En cuanto medida cautelar, el control de la ejecución de estas prohibiciones resulta muy importante. Ya hemos hecho mención a la importancia que en este punto tiene la Orden de protección, la cual será objeto de inscripción en un Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica. Hay que subrayar que en este Registro se inscribirán no sólo las medidas cautelares adoptadas, sino también las penas, condiciones de la suspensión o sustitución, y las medidas de seguridad. Con ello se pretende garantizar la efectividad de las prohibiciones del art. 48 CP, en cualquiera de las funciones que puedan desempeñar.

Para conseguir una mayor eficacia en el control del cumplimiento de estas prohibiciones, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha previsto, en la línea de lo que ya acontecía con la monitorización electrónica del cumplimiento de la pena de prisión en régimen abierto (art. 86.4 RgtoP), que el control del cumplimiento de la pena se lleve a cabo mediante procedimientos electrónicos<sup>209</sup>.

En cuanto que mediante estas formas de control de la ejecución de la pena pueden resultar afectados también otros derechos, como el de la intimidad, parece que era precisa una previsión a nivel legal, y así se ha hecho al introducir el **apart. 4 del art. 48 CP**, según el cual «el juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan».

209. CID MOLINÉ ha valorado de modo positivo la introducción de esta posibilidad. Sin embargo, advierte que “es importante que no se caiga en la tentación de pensar que el problema de la evitación de la reincidencia se soluciona con el exclusivo recurso a medidas incapacitadoras, lo cual no tendría en cuenta la literatura criminológica que aventura un fracaso de estas intervenciones cuando no van acompañadas de medidas rehabilitadoras” [RdPP 12 (2004), 231].

Estos mecanismos electrónicos pueden ser de distintos tipos. Unos pueden consistir en que el penado tenga un dispositivo que cuando se aproxime a un determinado punto avise a la policía. Es un sistema parecido al del régimen abierto pero a la inversa. En vez de avisar cuando se aleja de un punto determinado, avisa cuando se acerca a ese lugar. Otro dispositivo que puede soportar el penado puede consistir en un dispositivo de seguimiento. La pulsera o el brazalete emite una señal que permite detectar la posición de la misma a través de un sistema de triangulación por satélite desarrollado por el Departamento de Defensa de EEUU denominado *Global Positioning System*, más conocido por sus iniciales GPS. Otros mecanismos que se pueden adoptar pueden estar en manos de la víctima, como teléfonos móviles o telealarmas que le permitan avisar inmediatamente a la policía cuando se sienta amenazada o cuando advierta la presencia próxima del penado.

2. Por último, el quebrantamiento de estas prohibiciones puede comportar diversas consecuencias. Si lo que se quebranta es una medida cautelar, según lo dispuesto en el **art. 544 bis LECr** (en la redacción dada por la LO 12/2003, de 24 de octubre), puede conllevar la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, pudiendo llegar incluso a decretarse la prisión provisional. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera haber incurrido por los hechos cometidos y por el delito de quebrantamiento de condena cometido (**art. 468.2 CP**, en la redacción dada por la LO 1/2004, que ha incluido expresamente como tipo agravado el quebrantamiento de una medida cautelar impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP).

Si la prohibición se ha impuesto como la regla de conducta en la suspensión o la sustitución de una pena de prisión, su quebrantamiento conlleva las consecuencias que ya hemos visto más arriba con carácter general, así que nos remitimos a los respectivos lugares [*supra* § 13.1.f), para la suspensión; y § 13.2.f), para la sustitución].

Finalmente, si la prohibición es una pena o una medida de seguridad, su incumplimiento comporta la comisión de un delito de quebrantamiento de condena (**art. 468 CP**), sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiese haber incurrido también por los hechos cometidos. Particularmente, tra-

tándose de «una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de las misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2», la pena se agrava y «se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año» (**art. 468.2 CP** en la redacción dada por el art. 40 LO 1/2004)<sup>210</sup>.

Sin embargo, esta disposición no resultará aplicable si los actos llevados a cabo que quebrantan esta prohibición son también constitutivos de un delito de malos tratos en el ámbito familiar, una amenaza o una coacción, pues existe ya una regulación específica en los **arts. 153, 171.5 párr. 2º, 172.2 párr. 3º y 173.2 párr. 2º CP** para estos supuestos, que prevén la imposición de la pena en su mitad superior, en sus respectivos casos.

Estamos en presencia de una serie de tipos agravados complejos, que proceden de la unión entre el delito de violencia en el ámbito familiar, amenaza o coacción y el de quebrantamiento de condena. A mi juicio, con la nueva redacción dada al art. 468.2 CP por la LO 1/2004, se han convertido prácticamente en innecesarios los tipos agravados de los arts. 153.3 y 171.5 párr. 2º CP, pues se llegaría a la misma consecuencia por la aplicación de las reglas generales del concurso de delitos<sup>211</sup>.

210. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, había modificado también el delito de quebrantamiento de condena, y había introducido una previsión específica para el quebrantamiento de estas prohibiciones. Pero la diferencia con el actual régimen es que:

- antes la agravación de la pena del delito de quebrantamiento de condena estaba prevista con carácter facultativo, mientras que ahora es obligatoria;
- la pena era más leve que ahora (antes: prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días; ahora: prisión de seis meses a un año);
- el anterior tipo agravado se refería únicamente a las prohibiciones del apart. 2 del art. 57 CP, que se remite a las penas del apart. 2 del art. 48 CP, esto es, las prohibiciones de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez, mientras que ahora el tipo se remite genéricamente a todas las penas del art. 48 CP;
- y además contempla el quebrantamiento de una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

211. Con respecto al delito de violencia habitual en el ámbito familiar, el tipo agravado previsto en el art. 173.2 párr. 2º CP sí comporta una pena mayor que la que correspondería por la aplicación de las reglas generales del concurso de delitos. Y con respecto al delito de coacciones, hay que decir que la LO 1/2004 no ha considera-

La justificación de la agravación de la pena en estos supuestos creo que estriba más en una desobediencia a la medida impuesta por el órgano judicial, que a una supuesta eficacia preventiva de la agravación. Quien está dispuesto a amenazar o incluso lesionar a una persona que se supone querida, poco le va a importar que le impongan la pena en su mitad superior. De lo que deberían preocuparse las autoridades públicas es de hacer efectivas esas prohibiciones, y para ello, además de adoptar medidas de tipo legislativo, como la Ley 27/2003 reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, lo que tienen que hacer es dotar de más medios materiales y personales a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

## § 17. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad

El CP/1995 incorporó, como una de las más significativas e importantes novedades en el sistema de sanciones, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad<sup>212</sup>. Sin embargo, en un principio lo hizo de una forma

---

do como delito, sino que sigue siendo falta (a diferencia de lo que sucede con las lesiones y las amenazas), las coacciones leves sobre otras personas del art. 173.2 CP pero distintas de la mujer que esté o haya estado unida sentimentalmente al autor o de una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Para estos supuestos habrá que acudir a un concurso de infracciones entre el delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP y la falta del art. 620 párr. 3º CP.

212. El estudio más completo que ha aparecido en nuestro país sobre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es el de BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002. Sobre esta pena puede consultarse también otros trabajos, entre los que destacamos, los siguientes: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «La pena de trabajo en beneficio de la comunidad», CPC 2000, 7 ss.; ASÚA BATARRITA, «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», en *Estudios de Deusto* nº 32/2 (1984), 305 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La sanción de trabajo en provecho de la comunidad», LL 1985-1, 1067 ss.; MANZANARES SAMANIEGO/ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, «La ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana: el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril», AP 1996, 485 ss.; PARÉS I GALLÉS, «La nueva pena de trabajos en beneficio de la comunidad», PJ 47 (1997), 165 ss. [=CPC 1998, 155 ss.; *Eguzkilore* nº 12 (1998), 197 ss.]

bastante discreta. Inicialmente esta pena sólo había sido prevista como pena sustitutiva de la de arresto de fin de semana y de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha rectificado la configuración originaria de esta pena, y le ha dado un mayor protagonismo. Protagonismo que hasta puede que sea algo excesivo, lo que ha hecho que ya se hayan levantado algunas voces algo reticentes en este sentido<sup>213</sup>. El legislador de 2003, como hemos visto, ha suprimido del CP la pena de arresto de fin de semana, y el vacío que ha dejado ha sido cubierto, en parte, por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

## 1. Derecho comparado y antecedentes históricos en nuestro país

1. Dejando al margen algunos precedentes remotos, como el CP noruego de 1902, el precedente directo de la pena de trabajos en beneficio

213. Así, recientemente LANDROVE DÍAZ, ha dicho, con toda la razón, que “la limitada experiencia española no abona –en su opinión– optimismo alguno al respecto y la realidad no puede ser modificada, simplemente, con retoques normativos publicados en el *Boletín Oficial del Estado*, por bien intencionados que éstos sean”. Y continúa: “Ignorar los obstáculos que actualmente frustran en nuestro país la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad puede condicionar negativamente el futuro de la misma, al margen de sus intrínsecas virtudes” («La pena de trabajos en beneficio de la comunidad», LL 2004-4, 1828).

También se muestra escéptico CID MOLINÉ “respecto de que las cosas puedan ir mucho mejor con el CP de 2003” [«Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)», RdPP 12 (2004), 224]. Y ello por las siguientes razones: “1ª. Porque cuando se ha previsto como pena principal se ha hecho para infracciones en que tampoco antes se solía reaccionar con prisión. 2ª. Porque la sustitución de la pena de prisión por trabajo en beneficio de la comunidad tiene unos criterios de conversión irrazonables que... no será atractiva para los propios condenados/as y que, si al final se aplica, es posible que dé lugar a muchas revocaciones. 3ª. Porque no se ha establecido la reforma más fácil: que el juez debiera descartar motivadamente la imposición de un TBC antes de decretar que la responsabilidad personal subsidiaria se cumpliera en la prisión. 4ª. Porque no se advierte ninguna voluntad de establecer los medios personales especializados al servicio de los juzgados para ayudar al juez en la decisión sobre la imposición de esta pena y en el control de su ejecución”.

de la comunidad lo constituye la *Community Service* del Derecho británico, introducida a través de la *Criminal Justice Act* de 1972<sup>214</sup>.

Esta experiencia legislativa hizo que en 1976 el Consejo de Europa propusiera a sus países miembros que esta pena introdujeran en sus legislaciones penales, y durante de la década de los 80, la mayoría de los países europeos la han ido incorporando a su Derecho, si bien lo ha hecho de formas muy diversas.

2. En nuestro país, con independencia de algunas alusiones en el CP/1822 y en el de 1928 al trabajo como forma de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no tiene un verdadero precedente en nuestro Derecho. En realidad, las previsiones en estos Códigos al trabajo era más bien como forma de obtener una cantidad de dinero con la que luego poder pagar una multa impuesta. La pena de trabajo en beneficio de la comunidad, tal y como se concibe en la actualidad, no tiene ningún antecedente en nuestro Derecho. Tan sólo se había previsto, pero como *medida de seguridad para los menores*, en el art. 17.5 LO 4/1992, de 5 de junio, sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Los buenos resultados que se obtuvieron con esta medida han hecho que se haya vuelto a prever en la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores [art. 7.7.j)].

## 2. Naturaleza

El CP clasifica esta pena entre las penas privativas de derechos [art. 39 i) CP]. Sin embargo, esta clasificación no es aceptada de modo pacífico por toda la doctrina. Esta polémica se debe, quizás, a que se discute la clase de derecho o derechos a los que afecta esta pena. Incluso se ha llegado hasta cuestionar su naturaleza como verdadera pena.

214. Véase al respecto, por todos, HUBER, «*Community Service Order* como alternativa a la pena privativa de libertad en Inglaterra», ADPCP 1983, 35 ss. (trad. E. Bacigalupo Zapater); «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad. (Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario)», ADPCP 1994-3, 155 ss. (trad. Lorenzo Copello).

La sanción de trabajos en beneficio de la comunidad tiene una particularidad que puede hacer dudar de su naturaleza como auténtica pena, ya que no se puede aplicar sin el consentimiento del penado. Antes de la reforma de 2003 todavía se añadía otro aspecto que podría poner en tela de juicio dicha naturaleza, ya que nunca se imponía como pena principal ni tampoco como accesoria, sino sólo como sustitutiva.

De todas formas, estas peculiaridades no impiden, a nuestro modo de ver, configurar esta sanción como una auténtica pena. Formalmente es incuestionable que el CP la califica como pena, pues la incluye en el Tít. III del Lib. I, bajo la rúbrica «De las penas», pero también desde un punto de vista material se la puede considerar como una pena.

Más arriba hemos definido la pena como privación o restricción de bienes jurídicos, establecida por la Ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente, al culpable de haber cometido una infracción criminal (*supra* § 4.2).

Conforme a esta definición podemos decir que la sanción de trabajos en beneficio de la comunidad reúne los requisitos fundamentales para calificarla como una pena. Veámoslo.

a) En primer lugar, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad tiene un *contenido aflictivo*, pues el penado a trabajo en beneficio de la comunidad no pretende ceder generosamente su fuerza de trabajo por un móvil altruista, sino que elige entre dos opciones la menos mala. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad nunca se puede imponer sin el consentimiento del penado, así que tiene que tener otra sanción alternativa: prisión de corta duración, multa o localización permanente. Dado que algunas de estas alternativas son penas privativas de libertad, se podría decir que esta pena no supone un mal, sino antes al contrario, un bien por cuanto que el penado ya no se ve privado de su libertad ambulatoria. Sin embargo, que el penado no se vea privado de libertad no quiere decir que los trabajos en beneficio de la comunidad dejen de constituir un mal. Esta pena sigue teniendo un contenido aflictivo ya que restringe unos derechos constitucionalmente reconocidos: por un lado, el derecho a percibir un salario (art. 35.1 CE), y por otro, el derecho a disfrutar de una parte del tiempo libre (art. 17.1 y 43.3 CE).

b) En segundo lugar, en su imposición no se atiende a la peligrosidad del sujeto, sino a su *culpabilidad*.

c) En tercer lugar, esta sanción está prevista en el CP y su imposición está rodeada de todas las *garantías que se derivan del principio de legalidad penal*.

A este respecto, hay que hacer alguna aclaración, pues al pasar los trabajos en beneficio de la comunidad a estar previstos como pena principal, y no sólo como sustitutiva, se ha hecho preciso, más que antes, que no quedasen a un simple desarrollo reglamentario algunos aspectos esenciales de su régimen de cumplimiento. Antes de la reforma de 2003, el CP no regulaba aspectos tan importantes del mismo, como pueda ser, por ejemplo, las hipótesis de incumplimiento, lo cual podía poner en tela de juicio el respeto de las garantías propias del principio de legalidad. El CP contenía una discutible remisión a un ulterior desarrollo reglamentario en el último párrafo del art. 49 CP<sup>215</sup>, que se llevó a cabo por medio del RD 690/1996, de 26 de abril. La LO 15/2003 ha suprimido el último párrafo del art. 49 CP, ha regulado expresamente el régimen de incumplimiento (por cierto, en términos muy similares a como estaba en el RD 690/1996), y ha atribuido el

---

215. Antes de la LO 15/2003, el **último párr. del art. 49 CP** establecía que «las demás circunstancias de su ejecución –se decía– se establecerán reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley penitenciaria, cuyas disposiciones se aplicarán supletoriamente en lo no previsto expresamente en este Código».

Esta remisión podía conculcar el principio de legalidad, pues se dejaba aspectos muy importantes de su ejecución de la mano de un reglamento. En particular, por ejemplo, la regulación sobre el incumplimiento de esta pena. Este desarrollo reglamentario tuvo lugar mediante el **RD 690/1996, de 26 de abril**, que en su Cap. I establecía las circunstancias de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. En la **Disposición Final 1ª de este RD** se establecía otra remisión más, en virtud de la cual «en todo lo no regulado expresamente en este Real Decreto serán de aplicación las normas generales contenidas en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en su Reglamento de desarrollo, siempre que lo dispuesto en ellos no sea incompatible con la forma de cumplimiento de estas penas». Esta disposición era muy criticable. Primero, porque ¿cómo puede ser que un reglamento considere como derecho supletorio a una Ley Orgánica? Segundo, esta declaración de supletoriedad era además innecesaria, pues el art. 49 CP otorgaba este carácter a la LOGP, a pesar de que ningún precepto suyo esté dedicado a esta pena. Y tercero, el RD 690/1996 ampliaba por su cuenta y riesgo el ámbito de la declaración de supletoriedad al incluir también al RgtoP, cosa que no hacía el art. 49 CP.

control de la ejecución de esta pena al Juez de Vigilancia Penitenciaria, con lo cual ahora podría tener más sentido que antes la declaración de supletoriedad de la LOGP y del RgtoP. Además el RD 690/1996 ha sido sustituido por el **RD 515/2005, de 6 de mayo**, el cual ya no declara como supletoria la normativa penitenciaria.

d) Por último, conviene destacar también que el que se exija la conformidad del penado para la imposición y ejecución de esta pena, no significa que la misma no cumpla con los  *fines que tradicionalmente se asignan a las penas*.

La utilidad social de la actividad, así como la posibilidad contemplada ahora de poder consistir en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, satisface fines retributivos y reparadores, que en cierta medida hacen compensar los costes de la delincuencia que soporta la sociedad.

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad puede cumplir también fines preventivo generales, pues su contenido aflictivo permite que tenga un cierto carácter intimidativo para la colectividad. Además, hay que tener en cuenta que si opera como pena sustitutiva de una prisión, su incumplimiento comporta el regreso a la pena sustituida (art. 88.2 CP). La amenaza de esta pena podría verse algo comprometida cuando se impusiese como pena principal, puesto que su incumplimiento simplemente comportaría la imposición de una multa de 12 a 24 meses (art. 468.1 CP). Sin embargo, no hay que olvidar que la gravedad de las infracciones para la que está prevista como pena principal, quizás no sea tan elevada como para que sea merecedora de una pena privativa de libertad. Además, el impago de la multa impuesta por el delito de quebrantamiento de condena siempre podría comportar el ingreso en prisión a través de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa si el reo resultase insolvente.

Pero sobre todo, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad garantiza particularmente fines preventivo especiales, pues cumple los anteriores fines sin que produzca los graves efectos desocializadores de las penas cortas privativas de libertad.

### 3. Concepto

1. El **art. 49 CP**, en la redacción de la LO 15/2003, dispone que «los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo a las víctimas» [también **art. 2.a) RD 515/2005**, que además de reparación de los daños y de apoyo a las víctimas, alude también como labores de esta pena a la «asistencia» a éstas].

Según esto, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad consiste en una obligación voluntariamente asumida por el penado para prestar su cooperación en ciertas actividades de utilidad pública o de asistencia a víctimas de otros delitos de naturaleza similar al cometido por él.

La LO 15/2003 ha introducido una novedad bastante significativa en este ámbito al especificar que las labores en que puede consistir la pena de trabajos en beneficio de la comunidad pueden consistir en la asistencia a víctimas de otros delitos de naturaleza similar al cometido por el penado. Antes simplemente se aludía a labores de utilidad pública, lo cual era una expresión lo suficientemente amplia como para poder abarcar también las actividades de ayuda y apoyo a víctimas. No obstante, esta novedad es plausible y desempeña un doble papel.

Por un lado, representa una forma de reparación del daño que ocasiona la delincuencia en términos generales. No se trata de una reparación de los perjuicios o daños ocasionados por el delincuente en el caso concreto. Para eso ya está prevista la responsabilidad civil *ex delicto* (art. 109 ss. CP). Se trata de reparar el daño social que ocasiona la misma clase de delitos que el cometido, o bien el daño que genera la delincuencia en general.

Por otro lado, mediante la condena a prestar asistencia a víctimas similares a las que él ha ocasionado se pretende lograr un mayor grado de empatía en el delincuente, de tal modo que sea consciente del daño que ha ocasionado. Para el caso de un condenado por conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, que ahora puede ser castigado directamente con

una pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 379), estas labores podrían consistir, por ejemplo, en la colaboración en centros de rehabilitación de víctimas de accidentes de tráfico. En otra clase de delitos, como los relacionados con la violencia de género, tampoco está descartada de antemano este tipo de sanción, aunque quizás no fuese la más adecuada [*supra* § 16.3.c).ii.3]. Por eso, junto a la posibilidad de sustituir la pena de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad para este tipo de delincuencia, se ha previsto la obligación de participar en «programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico» (**art. 88.1 párr. 3º CP**).

2. La conformidad del penado es nota fundamental de esta pena, porque es lo que la distingue de los trabajos forzosos, prohibidos por la Constitución y algunos Convenios internacionales suscritos por España. A este respecto, hay que aclarar que la prohibición constitucional prevista en el art. 25.2 no rige para la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, pues aquélla sólo se refiere a las penas privativas de libertad. No obstante, ello no quiere decir que los trabajos forzosos estén permitidos por la Constitución cuando no comporte una privación de libertad. Los trabajos forzosos son inconstitucionales porque se trata de una pena inhumana o degradante, prohibida por lo dispuesto en el art. 15 CE. Los últimos casos legalmente previstos en nuestro ordenamiento de penas consistentes en trabajos forzados se remontan al CP/1822, en el que se preveían como penas corporales los trabajos perpetuos y las obras públicas. Al margen de una previsión legal, la pena de trabajos forzosos se aplicó también en épocas más recientes, como lo demuestra, por ejemplo, el Valle de los Caídos.

3. Por otra parte, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad guarda una estrecha similitud con otras dos instituciones, con respecto a las cuales es preciso distinguirla. Concretamente nos referimos al trabajo penitenciario y a los programas laborales previstos como regla de conducta para la suspensión condicional de una pena privativa de libertad.

La pena de trabajo en beneficio de la comunidad se diferencia del trabajo penitenciario en que éste no forma parte del contenido de una sanción

penal<sup>216</sup>. No es más que una consecuencia de la ejecución de otra pena, la de prisión. En efecto, la Constitución reconoce el derecho de los reclusos a un trabajo remunerado (art. 25.2), y aunque la LOGP también lo considera como un deber (art. 26), sin embargo, no puede ser impuesto bajo la amenaza de una sanción disciplinaria.

En cuanto a la diferencia entre esta pena y la participación en programas laborales como regla de conducta de la suspensión (art. 83.1.5ª CP), hay que decir que en ésta no está excluida la percepción de una remuneración por parte del penado, mientras que los trabajos en beneficio de la comunidad son gratuitos. Además, la regla de conducta está más orientada a la resocialización del delincuente, mientras que los trabajos en beneficio de la comunidad tienen en cuenta también la reparación del daño social.

#### 4. Clasificación y duración

1. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad puede ser clasificada como pena *menos grave*, cuando su duración va de 31 a 180 días [**art. 33.3.k) CP**], o como pena *leve*, si es de 1 a 30 días [**art. 33.4.h) CP**]. Sin embargo, según lo dispuesto en el **art. 40 CP**, su duración es de 1 día a 1 año. Se puede apreciar, por tanto, una falta de correspondencia en cuanto al límite máximo entre lo dispuesto en el art. 33 y lo previsto en el art. 40 CP<sup>217</sup>. Esta discrepancia obedece a que el art. 33 está pensando en la pena

216. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, Ed. Caja de Ahorro Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982.

217. Esta discrepancia era todavía mayor en la regulación anterior a la reforma de 2003, pues, por una parte, la duración de esta pena en un artículo se establecía por horas y en otro por días, y por otra parte, discrepaban no sólo en cuanto al máximo asignado a esta pena, sino también en el mínimo. El art. 49 CP establecía que la duración diaria no podía exceder de 8 horas, con lo que relacionando el art. 40 y el art. 49, el mínimo sería de 8 horas, y no de 16 como señalaba el art. 33, y el máximo superaría con creces las 384 horas que el art. 33 fijaba como máximo. En realidad, el art. 33 CP parece que estaba pensando únicamente en los trabajos en beneficio de la comunidad como pena sustitutiva de una principal de arresto de fin de semana. El art. 88.2 CP ordenaba que cada arresto de fin de semana fuese «sustituido por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo». Como el límite mínimo de la pena de arresto de fin de semana era de un arresto, el límite mínimo

de trabajos en beneficio de la comunidad como pena principal, mientras que el art. 40 tiene también en cuenta las otras funciones que cumple esta pena. En efecto, el límite máximo de un año de duración previsto en el art. 40 viene a coincidir que con el máximo previsto para el caso de que los trabajos en beneficio de la comunidad operen como forma de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Según lo dispuesto en el **art. 53.1 CP**, la responsabilidad personal subsidiaria en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad puede llegar a alcanzar el año de duración. «También podrá el Juez o Tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad personal subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. *En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo*». Puesto que el límite máximo general de la responsabilidad personal subsidiaria es de un año (excepcionalmente de un año y tres meses para el caso de una pena superior en grado), los trabajos en beneficio de la comunidad podrían llegar a alcanzar una duración de un año (excepcionalmente de un año y tres meses) (*infra* § 21.4.2).

Por otro lado, este límite general de un año de duración viene a coincidir también con la duración máxima que hemos asignado a esta pena cuando funciona como sustitutivo de una pena de prisión. No obstante, para el caso de un delito relacionado con la violencia de género, ese límite máximo podría llegar a alcanzar los 2 años de duración, a tenor de lo dispuesto en el **párr. 3º del art. 88.1 CP** [*supra* § 13.2.b).i.a’].

Exceder los límites máximos de las penas privativas de derechos no plantea ahora mayores problemas por cuanto que el **art. 40.5 CP** ha previsto expresamente tal salvedad cuando «lo dispongan otros preceptos de este Código».

La regulación de la clasificación y duración de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad ha experimentado una evidente mejoría técni-

---

de los trabajos en beneficio de la comunidad serían de dos jornadas, o lo que es lo mismo, dieciséis horas (8 horas/jornada). Sin embargo, este modo de proceder, que lo hacía igualmente cuando fijaba el límite máximo de los trabajos en beneficio de la comunidad, olvidaba que esta pena puede operar también de otro modo: puede constituir una forma de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria, en cuyo caso no tendría por qué quedar sujeta a esas limitaciones.

ca con respecto a la anterior regulación. Sin embargo, es preciso resaltar que, quizás como reminiscencia del anterior sistema, no se ha previsto la posibilidad de que por las reglas de determinación de la pena superior en grado se supere el límite general previsto en el art. 33. Ello tenía sentido en el anterior sistema, pues esta pena no había sido prevista como pena principal, sino sólo como sustitutiva. Sin embargo, ahora, al introducirse como pena principal, creo que no hubiese estado de más haber previsto una regla similar a la prevista para otras penas en el art. 70.2 CP.

2. El **art. 49 CP** ha previsto que «su duración diaria no podrá exceder de ocho horas». El **art. 6 RD 515/2005** se encarga luego de concretar esa *duración de la jornada laboral*. «Cada jornada de trabajo –establece el **apartado 1º**– tendrá una extensión máxima de *ocho horas diarias*. Para determinar la duración de la jornada y el plazo en el que deberán cumplirse, se tendrán en cuenta las cargas personales o familiares del penado, así como, en su caso, sus circunstancias laborales». Incluso se ha previsto, en el **apartado 2º**, estableciendo un principio de flexibilidad en la ejecución de esta pena, la posibilidad de que, «cuando concorra una causa justificada, podrá autorizarse por el juez de vigilancia penitenciaria el cumplimiento de la pena de forma partida, en el mismo o diferentes días». El art. 5 RD 690/1996 establecía además que la jornada de trabajo debía tener una duración mínima de 4 horas y que en el supuesto de cumplimiento de la misma de forma partida, los períodos mínimos debían ser de 2 horas. Ahora no se han recogido estos límites mínimos, por lo que no hay motivo para que se pueda imponer una duración inferior de la jornada.

## 5. Características principales

Conforme a lo previsto en el **art. 49 CP** y en el **RD 515/2005, de 6 de mayo**, las características que configuran la pena de trabajos en beneficio de la comunidad son las siguientes:

a) *No podrá imponerse sin el consentimiento del penado*. Como ya hemos indicado, el trabajo en beneficio de la comunidad no puede consistir en un trabajo forzoso. Sin embargo, negar dicho carácter no quiere decir que

sea totalmente voluntario. Al contrario, el penado presta su conformidad coaccionado por la amenaza de la imposición de una pena más grave. Por ello, se puede decir que es un trabajo obligado, no totalmente voluntario, pero tampoco forzoso.

El legislador consagra este principio en el **art. 49 CP**, y se reitera también en el **art. 53.1 CP**, aunque no en el art. 88.2 CP, en el que antes sí se hacía. De todas formas, el que no se recoja expresamente la conformidad del penado en este precepto no quiere decir que se pueda sustituir una pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad en contra de la voluntad del reo [*supra* § 13.2.c).4].

La conformidad requerida al penado es doble: por un lado, se ha de manifestar ante el Juez o Tribunal sentenciador, dando su consentimiento a la imposición de la pena; y por otro lado, ante la Administración penitenciaria, dando su conformidad a un trabajo determinado que se le oferta. Al existir esta doble exigencia se pueden plantear algunos problemas en la ejecución de esta pena, pues pueden producirse intencionados retrasos cuando el reo acepte inicialmente la aplicación de la sustitución de la pena, pero posteriormente se niegue a admitir el trabajo concreto que se le oferta, o que sencillamente no se presente a la entrevista con los funcionarios de la Administración penitenciaria llamados a evaluar sus características personales, su capacidad laboral y su entorno social, a fin de ofrecerle las plazas vacantes más adecuadas a su perfil.

b) *No podrá tratarse de un trabajo remunerado*, según el **párr. 1º del art. 49 CP**. Además, la **condición 5ª del art. 49 CP** establece que «no se supeditará al logro de intereses económicos». El **art. 6.3 RD 515/2005** reitera el carácter no retribuido de la realización del trabajo, pero prevé la indemnización al penado, por parte de la entidad a beneficio de la cual sea prestado, de los gastos de transporte y, en su caso, de manutención, salvo que estos servicios los preste la propia entidad.

c) *El trabajo deberá buscar la utilidad pública*, según lo dispuesto en el **art. 49 CP**. Luego se concreta que estas actividades de utilidad pública «podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia

a las víctimas». De todas formas, con el trabajo en beneficio de la comunidad no se pretende satisfacer a la víctima concreta del delito cometido, pues en tal caso no hablaríamos de una pena, sino de una reparación de la víctima cercana a la responsabilidad civil derivada del delito. Se trata más bien de reparar el daño social que comporta la delincuencia en general<sup>218</sup>.

En la práctica las actividades que desarrollan los penados a trabajos en beneficio de la comunidad en los países en los que esta institución tiene una trayectoria más dilatada coinciden con las que en nuestro país prestan movimientos de voluntariado o aquellas personas que realizaban la prestación social sustitutoria, es decir, atención social a personas de la tercera edad, enfermos, menores, discapacitados físicos o psíquicos, asociaciones de donantes, ayuda en carretera, rehabilitación de edificios públicos, cuidado de montes, etc.

d) *No atentará contra la dignidad del penado*, tal y como dispone el **art. 49.2<sup>a</sup> CP**. El respeto a la dignidad humana se consagra expresamente en el art. 10 CE, y en el ámbito penal se concreta en el principio de humanidad de las penas, reconocido constitucionalmente en el art. 15, que proscribía las penas o tratos inhumanos o degradantes. Por otra parte, el art. 26 LOGP, derecho supletorio para el cumplimiento de esta pena, reitera este mismo principio en relación con el trabajo penitenciario.

## 6. Circunstancias de su ejecución

El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin (**art. 49.3<sup>a</sup> CP**). El **art. 4.1 RD 515/2005** concreta esa genérica referencia a la

218. El art. 1 RD 690/1996 especificaba además que las actividades de utilidad pública deberían tener «interés social y valor educativo». En principio, toda actividad de utilidad pública tiene interés social, pero no necesariamente siempre valor educativo. Esto no significaba, sin embargo, que por vía reglamentaria se hubiese restringido la clase de trabajos de utilidad pública que se podían desempeñar como pena, pues la referencia al valor educativo de los trabajos en beneficio de la comunidad venía únicamente a recordar los fines resocializadores que corresponden a toda pena, en este caso, al trabajo, no a la actividad en sí.

Administración en la penitenciaria, y «a tal fin, podrá establecer los oportunos convenios con otras Administraciones públicas o entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública o social. En este caso, estas Administraciones o entidades podrán asumir las funciones de gestión de los trabajos, asesoramiento, seguimiento y asistencia de los penados, sin perjuicio de la supervisión de la Administración penitenciaria».

El art. 2.2 RD 690/1996 contemplaba una posibilidad criticable, puesto que conculcaba lo dispuesto en el **art. 49.3<sup>a</sup> CP**, en donde se establece, de modo preceptivo y sin excepciones, que el trabajo sea facilitado por la Administración, permitiendo, aunque fuese de modo excepcional, en casos de inexistencia de convenio o insuficiencia de plazas, que el penado pudiese proponer un trabajo concreto. Ahora el **art. 4.2 RD 515/2005** también ha previsto que el penado pueda proponer un trabajo concreto. Sin embargo, a diferencia de antes, ahora parece que el trabajo concreto debe ser de los que la Administración penitenciaria ofrece con carácter general<sup>219</sup>. Tal propuesta será valorada por la Administración penitenciaria en función de la extensión y ámbito de los convenios en vigor y el número de plazas disponibles, emitiendo un informe para el Juez de Vigilancia Penitenciaria (antes el Tribunal sentenciador), a fin de que éste adopte la decisión correspondiente.

«La ejecución –establece el **art. 49.1<sup>a</sup> CP**– se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, podrá requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios». Antes de la reforma de 2003, el control de la ejecución de esta pena estaba asignado al Juez o Tribunal sentenciador. Ahora esta potestad ha sido asignada, según venía siendo reclamado por la doctrina, al Juez de Vigilancia Penitenciaria, el cual recabará informes de la Administración penitenciaria, de la entidad pública o de la asociación de interés general en que se preste

219. A estos efectos se ha previsto en el **art. 9 RD 515/2005** que la Administración facilite una información con carácter general y periódico a las autoridades judiciales, fiscales y colegios de abogados, y cuando éstas lo reclamen para un penado en concreto, información relativa a esta pena, su forma de ejecución y trabajo disponible. Esta información también se transmitirá a todas aquellas personas, previa solicitud de estas, que se encuentren en situación procesal susceptible de que se les aplique esta pena, así como a sus letrados (**art. 9.2 RD 515/2005**).

el trabajo. En la práctica es la Administración penitenciaria la que lleva a cabo el control de la ejecución a efectos de verificar el incumplimiento de esta pena. A tenor de lo dispuesto en el **art. 49.6<sup>a</sup> CP**, «los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena». Luego el Juez decidirá al respecto.

Asimismo, el **art. 7 RD 515/2005** establece también que «durante el cumplimiento de la condena, el penado deberá seguir las instrucciones que reciba del juez de vigilancia penitenciaria y de los servicios sociales penitenciarios y las directrices de la entidad para la que preste el trabajo» (**apart. 1**). «Los servicios sociales penitenciarios comprobarán con la periodicidad necesaria el sometimiento del penado a la pena, así como el cumplimiento efectivo del trabajo impuesto; a tal fin, mantendrán contactos periódicos con la entidad en que se lleve a cabo y adoptarán, en su caso, las medidas procedentes» (**apart. 2**). «En el supuesto de sustitución regulado en el artículo 88.1 del Código Penal, si se le impusiera, junto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la obligación de seguir un programa específico de reeducación y tratamiento psicológico, los servicios sociales penitenciarios remitirán al penado al centro, institución o servicio específico para la realización de dicho programa, de forma compatible con el cumplimiento de la pena, y realizarán el pertinente seguimiento del programa del que informarán oportunamente al juez de vigilancia penitenciaria».

En cuanto al *procedimiento de selección del trabajo*, éste comienza por que el Juez fije las condiciones de la pena. Según lo dispuesto en el **art. 3 RD 515/2005**, «recibido el testimonio de la resolución judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, así como los particulares necesarios, los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena». «Los servicios sociales penitenciarios, una vez recibidos el testimonio de la resolución y los particulares necesarios, entrevistarán al penado para conocer sus características personales, capacidad laboral y entorno social, personal y familiar, para determinar la actividad más adecuada. En esta entrevista se le ofertarán al penado las distintas plazas existentes, con indicación expresa de su cometido y del horario en que debería realizarlo y, en los supuestos a los que se refiere

el artículo 4.2, se escuchará la propuesta que el penado realice» (**art. 5.1 RD 515/2005**). 4Una vez que el penado haya prestado su conformidad con el trabajo que se le propone, los referidos servicios sociales penitenciarios elevarán la propuesta de cumplimiento de la pena al juzgado de vigilancia penitenciaria [antes el juez o tribunal sentenciador] para su aprobación o rectificación» (**art. 5.2 RD 515/2005**). «La no conformidad con el trabajo concreto propuesto o la imposibilidad de llevarlo a cabo por razones personales, sociales o familiares será comunicada por los servicios sociales penitenciarios al juez de vigilancia penitenciaria a los efectos oportunos» (**art. 5.3 RD 515/2005**). Parece que en este caso no quedaría más remedio que proceder a su revocación.

Los sentenciados a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad gozarán, durante el desempeño de su actividad, de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social (**art. 49.4ª CP**), y estarán protegidos por la normativa laboral en materia de seguridad e higiene en el trabajo (**art. 11 RD 515/2005**)<sup>220</sup>.

## 7. Incumplimiento

Quizás la novedad más significativa que ha introducido la LO 15/2003 en esta pena de trabajos en beneficio de la comunidad haya sido la posibilidad de imponerla como pena principal. Hasta entonces tan sólo estaba prevista como pena sustitutiva del arresto de fin de semana y de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. La consecuencia lógica de su incumplimiento era la revocación de la sustitución y el consiguiente regreso a la pena sustituida, deduciendo, eso sí, el tiempo de condena ya cumplido en la forma de trabajos en beneficio de la comunidad. Del mismo modo se procederá también ahora a tenor de lo dispuesto en el **art. 88.2 CP** [*supra* § 13.2.f)].

220. Según lo dispuesto en el art. 22 del RD 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales y la protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, «los sentenciados a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad que estén cumpliendo la misma, únicamente estarán incluidos en la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social a efectos de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional».

Sin embargo, la LO 15/2003 ha introducido la posibilidad de imponer esta pena como principal, por lo que se hizo necesario prever en el CP una regulación específica de su incumplimiento. Esta regulación se hace en términos muy parecidos a como lo hacían los arts. 8 y 9 del RD 690/1996, de 26 de abril, con la única salvedad de que ahora se especifica el número de ausencias que da lugar al incumplimiento: al menos dos jornadas laborales.

La Administración penitenciaria, a través de sus servicios sociales, comunicará al Juez de Vigilancia Penitenciaria, a los efectos oportunos, las incidencias relevantes de la ejecución de la pena (**art. 8 RD 515/2005**). La comunicación de los servicios sociales penitenciarios sobre el incumplimiento de la pena tendrá lugar, en todo caso, conforme a lo establecido por el **art. 49.6ª CP**, tan pronto como tengan constancia de alguna de las circunstancias siguientes:

a) Si el penado «se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena».

A estos efectos, según el **art. 49.7ª CP**, «si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto».

b) Si «a pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible».

c) Si «se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma».

d) Si «por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negare a seguir manteniéndolo en el centro».

Si bien el supuesto previsto en la letra a) se puede considerar claramente como un incumplimiento, sin embargo, lo establecido en las otras letras, particularmente en la última, no está del todo claro que pueda considerarse como un incumplimiento. Por ello, habrá que esperar a que los hechos sean concretados y valorados como tales incumplimientos por la

autoridad judicial. De otro modo, el penado podría quedar arbitrariamente en manos del responsable del trabajo.

A la luz del informe recibido, el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede optar por alguna de estas tres posibilidades:

- «Acordar su ejecución en el mismo centro».
- «Enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro».
- «Entender que el penado ha incumplido la pena». Sólo en este caso «se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el **artículo 468**». En este caso sería aplicable el apartado 1 *in fine*, en virtud del cual, «en los demás supuestos», es decir, para los no privados de libertad, «se impondrá multa de doce a veinticuatro meses»<sup>221</sup>.

Una vez cumplidas las jornadas de trabajo, la Administración penitenciaria remitirá a la autoridad judicial un *informe final* en el que se hará constar tal extremo, así como las vicisitudes ocurridas durante la ejecución, a los efectos oportunos (**art. 10 RD 515/2005**).

221. Para CID MOLINÉ “esta reacción peca, por defecto en lo que hace al tipo de pena y por exceso en lo que hace a la cantidad” [RdPP 12 (2004), 223]. “Ante un incumplimiento de la pena de TBC –continúa este autor– debería... existir una reacción de más envergadura que una multa. Esta reacción podría ser o bien la obligación de sumisión a tratamiento, si el incumplimiento se vincula a unas carencias que puedan tratarse en libertad, o bien una pena corta de privación de libertad, como podría ser una forma de arresto, en caso de que no existieran tales problemas. Y la pena peca por exceso, porque 12 meses de multa, convertibles en caso de impago en 6 meses de prisión, es una pena notablemente desproporcionada para responder al incumplimiento de una pena de TBC” (223).

## CAPÍTULO V

# La pena de multa

## § 18. Concepto y función político-criminal de la pena de multa

### 1. Concepto de la pena de multa

#### a) *Definición de pena de multa*

1. Más arriba hemos definido la pena en general, siguiendo a CUELLO CALÓN, como la privación o restricción de bienes jurídicos, establecida por la Ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente, al culpable de haber cometido un delito. Pues bien, si la pena afecta al patrimonio del culpable podemos hablar entonces de «penas patrimoniales», y si éstas se concretan en dinero, hablamos entonces de «penas pecuniarias»<sup>222</sup>. La pena de multa es una pena pecuniaria.

En cuanto a una definición más elaborada de la pena de multa, resulta obvio señalar que han sido muchas y muy variadas las fórmulas empleadas. De entre todas ellas cabría destacar la de ZIPF, quien la define como “una

---

222. Sobre las penas patrimoniales, véase por todos MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de multa*, Ed. Mancomunidad de Cabildos, Las Palmas, 1977; *Las penas patrimoniales en el Código penal español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.

intervención en la fortuna del condenado, realizada en el ámbito de la soberanía penal del Estado y cuyo importe se determina en dinero"<sup>223</sup>.

2. Hay que advertir a este respecto que el CP vigente ha intentado ofrecer también, lo cual no es nada habitual en el Derecho comparado, un *concepto legal de la pena de multa*. Concretamente, el **art. 50.1 CP** dispone lo siguiente: «La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria».

A pesar de este loable intento, sin embargo, hay que decir que bien se podía haber ahorrado esta definición legal, pues es innecesaria. Entre los aspectos que ha modificado la LO 15/2003 de la regulación de la pena de multa, no se encuentra, sin embargo, éste.

En realidad, como ha criticado MANZANARES SAMANIEGO de esta definición, la multa es una pena pecuniaria con independencia de que se imponga o no<sup>224</sup>.

### b) *La distinción entre la pena de multa y otras sanciones pecuniarias*

1. Lo único que cabe deducir de esta pseudo-definición legal prevista en el art. 50.1 CP es que la pena de multa se trata de una sanción pecuniaria. Sin embargo, *no toda sanción pecuniaria tiene por qué ser una multa*, aunque en la regulación penal actualmente vigente sí sea así.

CUELLO CALÓN definía la pena pecuniaria como el pago de una suma de dinero hecho por el culpable en concepto de pena, o en la incautación que éste hace de todo o parte del patrimonio del penado. Por tanto, dentro del concepto de sanción pecuniaria se podrían incluir también la caución, el comiso y la confiscación de bienes. No obstante, la confiscación de bienes se encuentra proscrita de nuestro ordenamiento desde la Constitución de 1812<sup>225</sup>,

223. ZIPF, *Die Geldstrafe in ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe*, Ed. Luchterhand, Neuwied, 1966, 24.

224. MANZANARES SAMANIEGO, «La pena de multa», LL 1996-2, 1537.

225. Cabe destacar dos estudios históricos muy completos sobre la pena de confiscación de bienes: uno referido al ámbito español por PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*, Ed. Universidad de Córdoba, 1999;

la caución ha sido abrogada por el CP/1995<sup>226</sup> y el comiso se considera ahora como una de las denominadas «consecuencias accesorias» (*infra* § 43.2).

Por otro lado, y siguiendo a GRACIA MARTÍN en este punto, la consecuencia jurídica prevista en los arts. 302, 305 y 308 CP para los delitos de blanqueo de capitales, contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, consistente en «la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social», aunque tenga un evidente contenido patrimonial, sin embargo, no tiene naturaleza de pena, sino que es más bien una consecuencia accesoria o «una medida *sui generis* mediante la que se trata de compensar durante algún tiempo la situación patrimonial ilícita de la que el sujeto ha disfrutado indebidamente a consecuencia de sus actos defraudatorios»<sup>227</sup>.

2. Además de ser innecesaria la definición de pena de multa contenida en el art. 50.1 CP, dicha definición resulta insuficiente, porque en nuestro ordenamiento jurídico existen también otras sanciones pecuniarias que no son penas de multa. Esto plantea la importante cuestión acerca de la *distinción entre la pena de multa y otras sanciones pecuniarias*.

En efecto, en el ordenamiento jurídico español existen otras sanciones de carácter pecuniario, como son la multa administrativa, la multa procesal, el comiso y la responsabilidad civil, que pueden plantear problemas a la hora de distinguirlas de la pena de multa. Sin embargo, y aunque esto resulte una obviedad, lo que distingue a la pena de multa de esas otras sanciones también pecuniarias es su carácter penal.

i. En cuanto a la diferencia entre la multa penal y la multa administrativa cabe recordar lo ya indicado más arriba [*supra* § 4.2.b)] acerca de la

---

y otro referido a Alemania por SCHNIEDERS, *Die Geschichte der Vermögensstrafe in Deutschland*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 2002.

226. De hecho, la naturaleza de la caución era más bien de medida de seguridad, en vez de pena, y estaba prevista únicamente para el delito de amenazas. Sobre esta sanción, véase, por todos, MANZANARES SAMANIEGO, «La caución penal», ADPCP 1976, 261 ss. y 505 ss.; «La caución en el Proyecto de Código Penal», ADPCP 1983, 67 ss.

227. GRACIA MARTÍN, en *Lecciones*<sup>3</sup>, 166 y 469.

distinción entre la pena y las sanciones propias del Derecho administrativo. Aquella se impone debido a la comisión de una infracción criminal y por parte de los órganos jurisdiccionales de este orden. Por el contrario, la multa administrativa tiene como presupuesto únicamente la comisión de una infracción administrativa y se impone directamente por la Administración.

Hay que resaltar también otra diferencia entre la multa penal y la multa administrativa en la cual no siempre se insiste, y es que la pena de multa puede conllevar otra sanción que la sustituya en el caso de no pagarse, cosa que en la sanción administrativa, en principio, no. En particular, hoy en día la multa penal puede ser sustituida por una privación de libertad, cosa que está terminantemente prohibida para la multa administrativa, a tenor de lo dispuesto en el art. 25.3 CE. Ciertamente es reconocer, que esto no siempre ha sido así<sup>228</sup>.

ii. La pena de multa se distingue también de las multas procesales, porque aunque hayan podido ser impuestas en el orden penal, éstas no pretenden el castigo de una infracción penal, sino que su finalidad es tan sólo servir como medio coercitivo para forzar una determinada conducta a quien interviene en un procedimiento.

iii. En cuanto al comiso de los efectos, instrumentos y ganancias del delito, se diferencia de la pena de multa en que aquél ha quedado con-

---

228. Quizás el caso más llamativo haya sido la Ley 45/1959, de Orden Público, de 30 de julio, que en su art. 22 preveía la posibilidad de imponer el arresto sustitutorio en caso de impago de multa administrativa con una duración máxima, inicialmente, de 30 días. Luego dicha posibilidad se elevaría hasta los 90 días por medio de la Ley 36/1971, de 21 de julio.

Esta disposición fue objeto de críticas muy severas por parte de la doctrina, tanto en el ámbito administrativo, como en el penal.

En el ámbito de la doctrina administrativista resulta obligado citar la opinión de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1973. Y en el ámbito penal, la supresión de la posibilidad de que el impago de una multa administrativa pueda conllevar la privación de libertad se encuentra entre las conclusiones a las que se llegó en las II y III Jornadas de Catedráticos y Profesores Agregados de Derecho Penal celebradas en Barcelona en 1974 y en Santiago de Compostela en 1975 (véase, respectivamente, ADPCP 1974, 538; y ADPCP 1975, 150).

figurado legalmente como una implicación necesaria, aunque no siempre obligatoria, de la pena a la que no se confiere el carácter de ésta. Ha dejado de tener, por tanto, el carácter de pena (accesoria) que tenía en el anterior Código, para considerarse una «consecuencia accesoria», que no es una pena (*infra* § 43.2). De este modo está permitido que el comiso no siempre recaiga, o no recaiga solamente, sobre quien ha cometido el delito y ha sido condenado a una pena. La multa, por el contrario, sólo puede imponerse al responsable del delito.

iv. Y por lo que a la responsabilidad civil *ex delicto* se refiere, le alejan de la pena de multa, fundamentalmente, tres aspectos: en primer lugar, la responsabilidad civil se puede imponer a una persona inocente desde el punto de vista penal (por ejemplo, el que obre en estado de necesidad, según lo dispuesto en el art. 118 CP); en segundo lugar, la responsabilidad civil se impone en favor de un particular, en cambio, la pena de multa no es sino para el Estado, que cumple así el *ius puniendi*; y en tercer lugar, la pena de multa pretende ocasionar un mal al delincuente, mientras que la responsabilidad civil, lo que pretende es reparar el daño ocasionado a la víctima o reponer la situación al estado anterior a la comisión del delito.

## 2. Evolución histórica y la creciente importancia de la pena de multa

1. Una de las principales novedades que introdujo el CP/1995 en nuestro ordenamiento jurídico ha sido, sin duda, la regulación del sistema de penas. El propio legislador lo quiso destacar en su Exposición de Motivos, pero lo hizo de una manera tan parca y simple que no podemos dejar de criticarlo. Entre esas novedades se destacan los cambios introducidos «en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa».

En realidad, todos los cambios introducidos por el CP/1995 en el sistema de sanciones<sup>229</sup> sólo pueden ser comprensibles si se tienen pre-

229. Sobre las directrices político-criminales del nuevo sistema de sanciones véase, por todos, los trabajos de CEREZO MIR, «Consideraciones político-criminales sobre el Nuevo Código penal de 1995», LL 1996-3, 1470 ss.; DE JORGE BARREIRO, «El sistema de

sentes los trabajos de reforma penal llevados a cabo en nuestro país durante las dos últimas décadas del siglo XX, y en particular el *movimiento de reforma penal a escala internacional* a que se ha asistido durante la segunda mitad del siglo pasado. En efecto, en la vieja Europa (y también en otros continentes) se ha producido una profunda renovación del Derecho penal codificado, empezando por Suecia (en 1962) y Alemania (1969), y continuando por Austria (1974), Portugal (1982), Francia (1992), de nuevo Portugal (1995), y España (1995), entre otros países. Las reformas llevadas a cabo han sido muy profundas puesto que o bien se han elaborado nuevos Códigos, o bien se han aprobado nuevas partes generales de dichos textos legales. Se puede decir, por tanto, que el sistema de penas del continente europeo se ha remodelado durante toda segunda mitad del siglo XX.

Uno de los rasgos que han caracterizado a este movimiento internacional de reforma<sup>230</sup> ha sido un escepticismo hacia las penas cortas privativas de libertad [*supra* § 9.4.b)], y la tendencia apunta hacia su sustitución por otras sanciones. En particular, y por lo que ahora interesa, dado que ya no se espera nada de la pena privativa de libertad y se la considera sustituible en el ámbito de la criminalidad media y leve, la pena de multa ha experimentado en lo últimos tiempos un gran auge.

2. Es cierto que a raíz del proceso a escala mundial de reforma del Derecho penal, la pena de multa va adquiriendo, cada vez con mayor relieve, una importancia de la cual carecía hasta ahora, o por lo menos, de la cual carecía en estos últimos tiempos, porque conviene tener en cuenta que la pena de multa, aunque fuese con signos más bien de Derecho privado que de público, ha existido desde tiempos muy remotos.

---

sanciones en el Código Penal español de 1995», ADPCP 1996, 327 ss.; «Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», AP 2000, 489 ss.; y SANZ MORÁN, «Penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995», en *Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales*, t. IV, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1997, 281 ss.

230. Véase al respecto, entre otros, JESCHECK, «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal», en Mir Puig (ed.), *La reforma del Derecho penal*, Ed. Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1981.

La regulación actual de la pena de multa es fruto de un dilatado proceso evolutivo con numerosos vaivenes a lo largo de la historia, que a nuestro juicio, podrían resumirse en *tres grandes períodos*.

i. En primer lugar, una época antigua, en la cual las multas eran muy comunes. Aquella vieja venganza de sangre, que era totalmente desproporcionada y de una tremenda brutalidad, sería limitada, en un principio, por la «Ley del Talión»: el daño que debería sufrir el ofensor nunca podría ser mayor que el ocasionado por él (véase, por ejemplo, el Libro del Pentateuco, Éxodo XXI, 23-25). Esta antigua limitación, fundamentada en el sentimiento humano de justicia, estaba inicialmente basada en el *principio de identidad* entre el delito y la pena, pero poco a poco este principio se iría abandonando y sería sustituido por otro: el *principio de equivalencia*, que acabaría conduciendo a la **composición económica**, que es el antepasado más remoto de nuestra actual pena de multa. En la composición se compatibilizaba el sufrimiento del reo con el beneficio propio. El reo puede tener bienes, y si no los tiene, al menos puede tener una capacidad de trabajo, y entregando aquéllos o ésta, a la vez que él sufre, la víctima o sus familiares podían obtener un provecho.

Sin embargo, la multa iría paulatinamente perdiendo su carácter compositivo, como castigo reparatorio del mal causado, para ir acentuándose, cada vez más, su carácter penal, lo cual se observa en algunos aspectos de la misma, como la fijación de su cuantía *a priori* o el establecimiento de su ingreso íntegro en las arcas del Fisco. En las Partidas, por ejemplo, se decía ya en numerosas ocasiones que las penas pecuniarias (la confiscación de bienes sobre todo), «deben ser para la Cámara del Rey».

ii. De lo dicho hasta este momento se podría deducir que la pena de multa, aunque fuese con claros componentes *iusprivatistas*, ha sido frecuentemente aplicada por todos los pueblos y en todos los tiempos. Sin embargo, la gran aplicación que tuvo en la antigüedad, no se vería continuada en los tiempos venideros. Durante la Edad Media la pena de multa sufriría un severo recorte en su aplicación, siendo sustituida por un riguroso sistema de penas corporales y capitales. Incluso posteriormente, con el advenimiento de la Edad Moderna, y sobre todo a partir de la Revolución Francesa,

la pena de multa soportaría todavía un nuevo retroceso en favor de la pena privativa de libertad.

En efecto, es en aquellos momentos cuando se puede decir que tuvo lugar el nacimiento de la actual pena de prisión, como ya hemos comentado en otro lugar (*supra* § 7.2). La pena de prisión, aunque hoy pueda resultar paradójico, supuso un rasgo de humanización del Derecho penal frente a la dureza de las penas del Derecho penal del *Ancien Régime*. Curiosamente, este período de humanización del Derecho penal coincidiría, sin embargo, con el momento de mayor debilidad en la historia de la pena de multa, que la llevaría a un ostracismo, casi por completo, durante la primera mitad del siglo XIX, hasta tal punto que algún autor, como PACHECO, llegó a considerarla como un mero “accidente y un complemento”.

iii. La postergación de la pena de multa a un segundo plano no perduraría, sin embargo, durante mucho tiempo. Enseguida se alzarían voces con gran vehemencia en favor suyo. Y precisamente ese rescate de la pena de multa vendría de la mano de la lucha contra las penas privativas de libertad de corta duración [*supra* § 9.4.b)], siendo sus líderes más destacados Franz VON LISZT en Alemania y BONNEVILLE DE MARSAGNY en Francia. Pero también otras razones abonarían el terreno para que rebrotara la pena de multa.

En un gran trabajo sobre la reciente evolución de la pena de multa (desde el siglo XIX hasta la actualidad), ROLDÁN BARBERO expone cómo el nacimiento de la moderna pena de multa se produjo facilitado por una serie de factores, no sólo penales, sino también extrapenales<sup>231</sup>. Para este autor, la conjunción de todos estos factores crearía un ambiente propicio para que la fisonomía de la multa fuera moldeada de tal forma que pudiera servir como sanción útil para el reemplazo de gran parte de las exigencias de represión, hasta ese momento satisfechas de forma casi exclusiva por la pena privativa de libertad.

Este resurgir de la multa tendría altos y bajos, pero finalmente acabaría por confirmarse. Es perfectamente constable un proceso, más o menos extendido en todos los países, de convertir la pena privativa de libertad

231. ROLDÁN BARBERO, *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal. Un estudio histórico de la moderna pena de multa*, Ed. Akal, Madrid, 1982.

en la *ultima ratio* del sistema de penas. Bajo el influjo de este principio de *ultima ratio* es posible decir que hoy la multa se ha convertido en el centro del sistema de sanciones penales, pues se trata de la forma básica de reacción frente a la pequeña y mediana criminalidad. El mayor protagonismo que ostenta en la actualidad ha supuesto un paso tan importante como en su día lo fue el paso de las penas contra la vida y aflictivas a las penas privativas de libertad<sup>232</sup>.

### 3. Ventajas e inconvenientes de la pena de multa

Se puede decir que nuestra actual cultura jurídica considera las penas pecuniarias más justas y útiles que las penas privativas de libertad, lo cual resulta perfectamente comprensible si se observa el evidente saldo a favor que presenta la pena de multa. La paulatina relevancia que ha ido adquiriendo la pena de multa se ha debido, en gran medida, a las ventajas que presenta.

No obstante, no todo van a ser beneficios en la imposición de la multa. Sería un considerable error suponer que la pena de multa carece de problemas. De hecho, algunas de las ventajas que suelen destacarse, a veces se alude a ellas en sentido negativo, como verdaderos inconvenientes.

A continuación aludiremos, resumidamente, a las principales ventajas y los inconvenientes más destacados que tiene la pena de multa.

#### a) *Ventajas*

1. Es reconocida de modo general la gran *capacidad de adaptación* de la pena de multa a las circunstancias personales de cada autor. La pena de multa es divisible, lo cual permite dosificarla de tal manera que la carga punitiva sea la misma para casos del igual contenido de injusto y de culpabilidad.

2. La multa ofrece otra ventaja muy positiva, y es que en casos de error judicial es muy *fácil la reparación*. Por incidir la multa sobre un bien como el patrimo-

232. JESCHECK, «Orígenes, métodos y resultados de la reforma del Derecho penal alemán», ADPCP 1976, 16.

nio (privando al autor de una determinada cantidad de dinero), resulta bastante sencillo reponer al reo en la situación en que se encontraba antes de su cumplimiento (devolviéndosela). Por el contrario, en la pena privativa de libertad, el daño sufrido nunca puede ser, a nuestro juicio, verdaderamente compensado.

3. La multa evita la aparición de efectos nocivos secundarios, como los que conlleva la pena de prisión (*supra* § 9.4). Así, aunque es cierto que la multa puede comportar igualmente una cierta deshonra social, no lo es menos que dicha deshonra lo es en un grado menor que la de la prisión, dado que se presume que el delito cometido es de menor o de escasa gravedad. Además, en la mayor parte de las ocasiones, la condición de multado pasa desapercibida por la sociedad, siendo una pena anónima. Por otro lado, la pena de multa también permite, a diferencia de lo que sucede con la prisión, que el condenado permanezca en su círculo social habitual, ya que no le aleja de la familia, de las amistades y del puesto de trabajo. En este sentido también hay que tener en cuenta que no pone en contacto a los delincuentes primarios con la subcultura carcelaria.

4. Desde un punto de vista estrictamente económico, la multa es un medio punitivo muy rentable. La multa evita los gastos verdaderamente cuantiosos que comporta la prisión. Es más, desde un punto de vista estrictamente económico, la ejecución de la pena de multa antes que comportar algún gasto para el Estado es una fuente de ingresos para el mismo. De todas formas es preciso no perder de vista que la multa se impone para producir un daño en el patrimonio del condenado, pero no para aumentar los ingresos del Estado. De lo contrario podría surgir el peligro de utilizar la pena de multa como un instrumento de política financiera, en vez de un instrumento destinado exclusivamente a fines político-criminales<sup>233</sup>.

Por otro lado, la multa también tiene ventajas económicas para el reo, puesto que le permite mantener su puesto de trabajo, incluso lejos de paralizar su capacidad de trabajo puede servir como estímulo para un mayor rendimiento laboral.

233. Por este motivo es criticable, a nuestro juicio, el art. 31.2 CP introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (*infra* § 18.5.3).

5. No conviene olvidar tampoco que a la vista de las exigencias de una sociedad como la actual, terriblemente consumista, la pena pecuniaria puede alcanzar niveles aflictivos que en otros tiempos no eran imaginables. *Su eficacia intimidativa no disminuye con la reiteración* en su imposición. El caso de quien se habitúa al encierro no tiene parangón entre las penas pecuniarias. ¿Quién conoce a alguien que se acostumbre a pagar las multas?

6. Está suficientemente demostrada y aceptada en la doctrina y en la práctica su valía como *sustitutivo verdaderamente eficaz de las penas cortas de privación de libertad*.

### b) *Inconvenientes*

1. Frente a una serie de principios fuertemente arraigados en la actualidad, *la multa no tiene una finalidad reformadora* y de tratamiento del delincuente, como las penas privativas de libertad. La multa persigue una finalidad intimidativa, que se limita exclusivamente a la privación al reo de un bien. De hecho, en el Derecho penal juvenil, de orientación claramente educativa, no se ha incluido la multa entre las medidas a imponer, a pesar de que la edad laboral está por debajo de la edad penal.

2. Se ha criticado a la multa que *se proyecta sobre un bien jurídico (el patrimonio) poseído en grado muy distinto por cada persona*. Mientras que la prisión supone la misma pérdida de libertad para cualquier delincuente, pues la libertad es poseída por igual por todos los hombres (o se tiene, o no se tiene), en la pena de multa, en cambio, falta un objeto de ataque poseído por igual (unos tienen más, y otros menos). Idéntico importe de la multa puede suponer distinta carga aflictiva para un pobre que para un rico. El principio de igualdad de sacrificio, según el cual los condenados por el mismo hecho han de experimentar la misma carga punitiva, puede verse comprometido en la multa.

3. Se alega que la multa *no tiene un carácter estrictamente personal*, con lo que el principio de personalidad de la pena se vería seriamente en

entredicho<sup>234</sup>. Ello puede deberse a dos motivos. Por un lado, porque resulta sencillo que otro cumpla la pena, es decir, que un tercero (esposa/o, hijos, amigos, etc.) pague a multa por el reo. Por otro lado, porque esta pena no afecta sólo al multado, sino también a su familia. No obstante, resulta extraordinariamente complicado concentrar en el reo todos los efectos de la pena, da igual la clase que ésta sea, y acotarla de tal manera que sea sólo él quien se vea involucrado.

4. Se dice que una aplicación exagerada de la multa comporta un *debilitamiento de la Justicia*. Si la multa castiga al condenado en su patrimonio y éste es un bien éticamente de menor valor que la libertad, esto puede conducir a que la Administración de Justicia pierda su seriedad moral, dado que se podría instalar en una comercialización del Derecho penal en la que todo se podría solucionar con dinero. No obstante, si bien es cierto que resulta impensable construir un ordenamiento basado únicamente en la pena de multa, tampoco se puede decir que sea viable (nunca ha sido así) el extremo opuesto, esto es, un Derecho penal que tome por base exclusivamente la pena privativa de libertad u otra pena distinta.

5. Quizás el inconveniente más grave que se haya hecho notar a la pena de multa es el modo en que se solventan los *supuestos de impago*. Para obviar este inconveniente en el Derecho comparado se han utilizado soluciones muy diversas, algunas de las cuales han sido incorporadas al CP español. En ocasiones se facilita el pago de la multa mediante el establecimiento de plazos. Otras veces se ha acudido a la sustitución de la multa por una libertad vigilada o también por la prestación de trabajos en beneficio de la comunidad. Y en fin, puesto que la prisión y la multa son tradicionalmente las dos principales penas, es también bastante frecuente ofrecer como posibilidad la sustitución de la multa por prisión. Sin embargo, es en este punto donde se pueden realizar las más serias reservas a la regulación de la multa en muchos ordenamientos jurídicos, porque esta transformación encierra una grave injusticia. Privación de libertad y multa no son términos

---

234. También es criticable por este otro motivo el art. 31.2 CP introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (*infra* § 18.5.3).

comparables, lo mismo que tampoco lo son la prisión y la pena de muerte. Semejante transformación no es más que una sustitución agravadora de la pena sin otros motivos que la pobreza del reo.

#### 4. Principales modelos de la pena de multa

##### a) *Sistemas ideados para evitar los inconvenientes de la pena de multa*

Todos los inconvenientes que se suele achacar a la pena de multa tienen en gran medida su causa última en un desigual reparto de la carga afflictiva de la multa según la posición económica del multado. Por lo tanto, muchos de dichos problemas (y también otros que no hemos mencionado)<sup>235</sup> se verían mitigados si fuese posible arbitrar alguna fórmula que permitiese proporcionar la pena a las posibilidades económicas de cada uno, de modo que todos sufriesen, en principio, por igual sus efectos.

Para evitar estos inconvenientes cabría imaginar, fundamentalmente, dos posibilidades:

- Otorgar un amplio arbitrio judicial para que así el Juez pudiese adecuar en cada caso concreto la cuantía de la multa según las circunstancias económicas del reo. Sin embargo, este criterio tiene un grave inconveniente y es que deja sensiblemente en entredicho el principio de taxatividad de las penas. En cierto modo, este modelo estaba previsto en el CP/1944, pues el art. 63 establecía que «en la aplicación de las multas, los Tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la Ley permita imponerlas, consultando, para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable».

235. Otros inconvenientes de menor importancia pueden ser: el que la multa pueda tener un *supuesto efecto criminógeno*, en el sentido de que el reo pudiera intentar disminuir los efectos de la multa, no precisamente aumentando sus ingresos legítimos, sino recurriendo a la vía criminal; o la *devaluación de la moneda*; o que la *individualización de la multa no refleje con claridad la culpa del reo*, porque en ella se confunden elementos relativos al delito con otros ajenos al mismo, como son las circunstancias económicas del sujeto.

- Otra posibilidad sería crear una unidad de medida cuyo número variase según la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor, de igual modo que sucede con la pena privativa de libertad, y luego se procedería a asignar a dicha unidad un importe según las circunstancias económicas del reo. Con ello quedarían suficientemente cubiertas las exigencias derivadas del principio de taxatividad, y al mismo tiempo, se lograría equilibrar la carga aflictiva entre los distintos sujetos. Esta segunda posibilidad corresponde al sistema que se conoce con el nombre de los días-multa.

b) *Principales modelos de la pena de multa.*  
*Especial consideración al sistema de días-multa*

Se distinguen, básicamente, dos modelos de pena de multa: el llamado sistema global y el sistema de días-multa.

i. Sistema global

El primero en el tiempo, y que ha venido imperando desde los inicios de la moderna regulación de la pena de multa, ha sido el *sistema global*. Siguiendo a BERISTAIN IPIÑA, se puede denominar sistema global a aquel “según el cual el juez condena a una cantidad concreta, una suma global, que resulta de conjugar dos coordenadas: la gravedad del delito y la situación económica del delincuente”<sup>236</sup>. Este sistema fue el que estuvo vigente en los primeros Códigos penales. La regulación de la pena de multa en aquellos primeros Códigos comportaba que dicha pena se estableciese, o bien en una cantidad única, con lo cual poco importaban las condiciones económicas del reo, o bien entre dos límites muy precisos dentro de los cuales el juez, tomando en consideración la situación económica del reo, debía imponer la multa. Fuese uno u otro el sistema adoptado, comportaba, sin embargo, una carga aflictiva exageradamente desigual para pobres que para ricos.

236. BERISTAIN IPIÑA, «La multa pena y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad», ADPCP 1975, 383.

## ii. El sistema de días-multa

En comparación con el sistema global, el *sistema de días-multa*, o también llamado sistema escandinavo, pues fue donde primero se desarrolló legalmente<sup>237</sup>, es un modelo que tiene una **estructura bifásica**. Está compuesto por dos niveles: el primero consiste en determinar el número de los días-multa en función de la gravedad del hecho cometido y de la culpabilidad de su autor conforme a las reglas generales de medición de la pena; y en un segundo estadio, y una vez fijado el número de días-multa, como si se tratase de cualquier otra pena, se procede a determinar el importe correspondiente a cada día-multa conforme a la situación económica del autor.

El sistema de días-multa presenta *dos variantes*. Por un lado, se encuentra el sistema *escandinavo de días-multa*. En él la multa es de pago único y actúa sobre la economía del reo en un momento determinado, si bien pueden concederse facilidades de pago si el condenado no dispone de dinero suficiente para realizar el pago inmediato de la misma. La creación de una unidad, el día-multa (o la semana-multa, o el mes-multa), confiere a esta pena una cierta dimensión temporal. Sin embargo, esta temporalidad es más aparente que real, pues la multa se debe pagar, según este modelo, por regla general en un único plazo.

Por otro lado, en la década de los 60 se propuso un modelo en el cual los pagos aplazados ya no constituye un medio de facilitar el cumplimiento de la multa, sino un elemento esencial del mismo. Mediante este modelo se pretende conseguir que el reo se vea privado de parte de sus ingresos a lo largo de un determinado período de tiempo, de tal manera que su *standard* de vida resulte disminuido durante el tiempo que se esté cumpliendo. Surgió así el denominado sistema de *multa temporal* o multa duradera (*Laufzeitgeldstrafe*). Por medio de este sistema se supone que se conseguirá una disminución de la capacidad de consumo del condenado durante cierto tiempo, y así, mientras las penas privativas de libertad afectan a dos bienes

237. Aparte del Anteproyecto sueco de THYRÉN de 1916 y el Proyecto danés de TORP de 1917, que no llegarían a convertirse en ley, fue Finlandia, en 1921, el primer país que lo incorporó a su Derecho positivo. Luego le seguiría Suecia en 1931 y en 1939 Dinamarca.

distintos, la libertad de movimiento y la de consumo, la nueva multa se circunscribiría a esta última faceta.

Su moderna paternidad se suele atribuir a BAUMANN con su propuesta de Contraproyecto de 1963 al Proyecto gubernamental alemán de 1962. Este sistema sería adoptado posteriormente por el Proyecto Alternativo de 1966, aunque no por la nueva Parte General del CP alemán aprobada en 1969.

En nuestro país este sistema encontraría reflejo, sobre todo, en el PCP/1980 y en la PANCP/983, y en menor medida en el PCP/1992. Ya veremos más adelante cuál ha sido el modelo seguido por el CP/1995 y si la reforma de 2003 ha supuesto algún cambio en el mismo (*infra* § 19.1.2).

### iii. Ventajas del sistema de días-multa

Lo que hace especialmente atractivo al sistema escandinavo frente al tradicional es que cuenta con numerosas ventajas que éste no tiene. Veamos algunas de las más importantes.

La primera de ellas, y la más importante, es que es un sistema que comporta *mayor justicia*, dado que se adapta mejor al principio de igualdad de sacrificio. Evita, por tanto, el inconveniente más grave que se achacaba a la pena de multa en general, que era que podía tener efectos distintos según la capacidad económica del multado.

En segundo lugar, el sistema de días-multa ofrece también una *mayor transparencia* a la hora de imponer la multa, porque permite conocer nítidamente el importe correspondiente a cada una de las dos fases en que se divide la fijación de la multa en este sistema. No obstante, conviene advertir que esta fórmula pasa desapercibida para el conjunto de la población. De hecho, basta con echar una ojeada a los periódicos para comprobar cómo se hace referencia siempre a la cifra global de la multa, sin hacer indicación por separado de la suma correspondiente al número de días-multa y la que corresponde a cada día-multa.

Permítasenos hacer aquí un pequeño paréntesis y contar lo que ha sucedido en Inglaterra, por culpa de una mala comprensión del sistema de días-multa. En Inglaterra, la Criminal Justice Act de 1991 introdujo el denominado sistema de *units fine*. Este sistema se regía por los mismos principios que el sistema de los días-multa, es decir, la determinación del importe de la multa se dividía en dos fases. En una se fijaba el

número de *units* según la gravedad del hecho; y luego, en otra fase, se señalaba un valor a la *unit* según los ingresos que pudiera tener el autor en una semana. Este sistema tenía como meta procurar una mayor *fairness* de la pena de multa, porque el anterior sistema de multa global había sido seriamente criticado por inicuo, sobre todo, durante la década de los 80 en que aquel país afrontó una grave situación de paro.

En 1991, como hemos dicho, el legislador inglés introdujo el sistema de *units fine*. Pese a la evidente situación favorable para la puesta en marcha de dicho sistema, se produjo, sin embargo, un acontecimiento que lo impidió. Nos referimos al caso conocido como el de la «bolsita de patatas fritas», que tuvo un enorme eco en los medios de comunicación ingleses. Un hombre tiró una bolsita de patatas fritas vacía en la calle, y por eso, un policía le denunció. Se le impuso una multa de 12 *units*. Hasta aquí no habría nada por lo que los periódicos pudieran sentirse atraídos. Sin embargo, cuando el Tribunal fue a determinar el importe de la multa, el autor se negó a facilitarle información sobre sus ingresos. Ante esta negativa, el Tribunal le impuso el máximo legalmente permitido (100 libras esterlinas). Con lo cual, los periódicos ya tenían un suculento titular: «Condenado a 1.200 libras por arrojar una bolsita de patatas en la calle».

También hubo otros titulares no muy afortunados en los que la prensa hizo especial hincapié, en donde se decía que a dos personas que habían cometido hechos similares, se les había impuesto penas muy distintas: «uno sufre una multa de 1.000 libras, mientras que el otro sólo tendrá que pagar por el mismo hecho 80 libras». Evidentemente esta diferencia en el importe de la multa era por la diferente situación económica que tenía cada uno de ellos. Lamentablemente la prensa británica no entendió o no quiso entender el fundamento del nuevo sistema y tergiversó claramente la noticia. Si de denunciar una injusticia se trataba, por qué no denunciaron también el hecho de que se impusiese la misma multa a dos autores con situaciones económicas completamente distintas.

No obstante, el Ministro del Interior inglés tomó la decisión de prescindir del sistema de *units fine* y la Criminal Justice Act de 1993 lo derogó<sup>238</sup>.

---

238. Sobre este intento de introducir el sistema de *units fine* en Inglaterra, véase, por todos, ASHWORTH, «Reform des englischen Strafzumessungsrechts», ZStW 106 (1994), 610 ss.

Y en tercer lugar, el sistema de días-multa *soluciona mucho mejor el problema del impago de la multa*, y ello desde una doble perspectiva. Por un lado, mediante este sistema la pena de multa adquiere una dimensión temporal, similar a la de la pena privativa de libertad, lo cual va a permitir una más fácil conversión de la multa en prisión subsidiaria para el caso de impago de la misma y, a la inversa, el abono de la prisión provisional. Bastará para ello atender al módulo de conversión que el legislador establezca. Además, por otro lado, y lo que resulta más importante, la mejor adaptación de la multa a las circunstancias económicas del autor permite que se reduzca el número de delincuentes que no satisfacen la multa, y por tanto, también el número de los que sufren un arresto sustitutorio.

## 5. Consideraciones generales sobre la regulación de la pena de multa en el CP español

Si tenemos en cuenta todo lo expuesto con anterioridad, se comprenderá fácilmente la razón por la cual la pena de multa presente en el CP español de 1995 dos importantes novedades: una de tipo numérico y otra de tipo cualitativo.

1. En primer lugar, se puede observar un más que notable incremento de la pena de multa en comparación con la regulación anterior. Lo cierto es que en el CP/1995, además de como *pena sustitutiva* de la prisión (art. 88)<sup>239</sup>, la multa aparece recogida en muchísimos delitos<sup>240</sup>: bien como *pena*

239. Antes de la reforma de 2003 también podía sustituir a los arrestos de fin de semana. Sobre la regulación de la multa como pena sustitutiva nos remitimos a lo ya expuesto *supra* § 13.1.

240. Hay que decir que una pequeña parcela del vacío que ha dejado la supresión de la pena de arresto de fin de semana por la LO 15/2003 ha sido cubierto por la pena de multa. El arresto de fin de semana ha sido sustituido, sobre todo, por la pena de prisión de corta duración. Sin embargo, en algunas infracciones antes castigadas con arresto de fin de semana se ha considerado más conveniente imponer una multa. Esto ha sucedido en el delito de aborto por imprudencia (art. 146), en las lesiones imprudentes al feto (art. 158), en el abandono de familia (art. 226) y en el delito de impago de pensiones (art. 227). De este modo, aunque sea mínimamente, la pena de multa aumenta el campo punitivo que ya tenía.

*única*, bien como *pena alternativa* a otras de distinta naturaleza, o bien como *pena acumulada* a otras.

De estas diferentes posibilidades hay que destacar el gran número de preceptos en los que la multa se ha previsto como pena acumulada a otras. En varias ocasiones (por ejemplo, en el tráfico ilegal de drogas), la multa coexiste con la pena de prisión, lo cual, a nuestro juicio, no siempre resulta conveniente. La prisión, entre otras consecuencias, supone una merma considerable de los ingresos del reo durante el tiempo que está privado de libertad, lo cual comportará, en no pocos casos, la imposibilidad de pagar la multa, aumentando con ello la frecuencia del arresto sustitutorio.

2. En segundo lugar, y como novedad cualitativa en la regulación de la pena de multa, el CP español, tras ofrecer en el **apartado 1 del art. 50** una definición de la misma, como hemos visto [*supra* § 18.4.a).2], dispone a continuación, en su **apartado 2**, que «la pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa». No obstante, excepcionalmente, «la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo», según lo dispuesto en el **art. 52.1 CP**.

Coexisten, por tanto, en la legislación actualmente vigente dos sistemas distintos de multa: el nuevo sistema de los días-multa y el ya conocido de la multa proporcional. Veamos a continuación la regulación de cada uno de ellos.

3. Pero antes de pasar a examinar estos dos sistemas, conviene comentar una novedad, cualitativamente muy importante, introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que afecta a ambos sistemas de la multa. Concretamente, nos referimos al **apartado 2 del art. 31 CP**, en virtud del cual «si se impusiere en una sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó».

Conforme a lo establecido en este precepto, la persona jurídica será *responsable directa y solidariamente del pago de la pena de multa* impuesta a una persona que haya actuado en su nombre o cuenta, con lo cual se puede estar poniendo en tela de juicio principios básicos del Derecho penal,

como son los principios de culpabilidad, de personalidad de las penas y el de *societas delinquere non potest*<sup>241</sup>. Sin embargo, hay que subrayar que esta disposición nunca califica de autora del delito a la persona jurídica, sino más bien lo contrario. El art. 31.2 CP se refiere a las personas mencionadas en el apart. 1 («En estos supuestos...», comienza diciendo el apart. 2)<sup>242</sup>. Por tanto, considera como único autor del delito la persona física que actúa en nombre de la persona jurídica. No es a ésta, pues, a quien se impone la pena de multa, sino al verdadero autor de dicho delito, que no es otro que la persona física. Esta interpretación está avalada por el propio tenor literal del precepto, pues más adelante dice: «...si se impusiere en sentencia una pena de multa *al autor* del delito...».

Si damos por buena esta interpretación, no se puede decir, entonces, que el apart. 2 del art. 31 CP esté contemplando una pena<sup>243</sup>, y por tanto,

241. En sentido crítico con esta disposición se han expresado ya, entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal», RDP 12 (2004), 115 ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, «obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del art. 31 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003)», RdPP 13 (2005), 33 ss.; DE LA FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, 70 ss.; LUZÓN PEÑA, LH-Ruiz Antón (2004), 548 n. 7, que la califica de “un retroceso”; MIR PUIG, PG, L. 7/59 ss., quien la califica de “extraña fórmula”.

242. LUZÓN PEÑA critica a esta disposición que no deja claro su ámbito de aplicación, es decir, “si «en estos supuestos» se refiere a todos los casos en que alguien actúa como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica o en nombre o representación de otro..., que es lo que interpreta... la Exposición de Motivos de la LO 15/2003..., o sólo a los casos de delitos especiales en los que las cualidades personas típicas no se dan en el agente pero sí en la persona jurídica” [LH-Ruiz Antón (2004), 549 n. 7, quien personalmente se decanta por esta segunda alternativa, por no extender aún más el alcance de una regla desafortunada].

243. En este sentido ÁLVAREZ GARCÍA advierte de un criticable “salto atrás” en la política criminal, pues “a través de la inclusión de un núm. 2 en el art. 31 del CP se ha llevado a cabo una amplia despenalización de conductas en aquellas actividades en las que los protagonistas serán, con bastante frecuencia, personas jurídicas” [RDP 12 (2004), 135]. Partiendo de la clásica definición de VON LISZT del Derecho penal, ÁLVAREZ GARCÍA llega a la conclusión de que “si no estamos ante una sanción que revista las características de ‘pena’ difícilmente podemos hablar que la conducta a la que la sanción se asocia como ‘consecuencia jurídica’ pueda ser considerada como ‘crimen’. Es decir, que estaríamos ‘fuera’ del Derecho Penal”. De este modo, considera que han quedado “despenalizadas, por falta de sanción

podría estar justificada la extensión del pago de la multa por otras personas, que no han cometido ningún delito. Esta circunstancia asemeja el art. 31.2 CP con las reglas de la responsabilidad civil, lo cual provoca una confusión entre dos tipos de consecuencias del delito, que no resulta edificante. Dicha disposición, más que fines retributivos y preventivos, que son los que se suelen asignar a la pena, no tiene otro sentido que el puro afán recaudatorio en favor del Estado. Pero eso sí, ha abierto la espita de la responsabilidad colectiva, más propia de épocas históricas, que del presente<sup>244</sup>.

Se podría barajar también la posibilidad de contemplar esta disposición como una consecuencia accesoria, similar a las del art. 129 CP. Este planteamiento tiene el acierto de dar una explicación que supera las críticas vertidas sobre la posible responsabilidad colectiva que contempla el art. 31.2 CP, sin embargo, no resulta totalmente convincente. Es importante advertir que el art. 31.2 CP “no cumple con los fines del artículo 129.3, es decir, no tiende a evitar la continuidad delictiva ni sus efectos”<sup>245</sup>, sino simplemente que la persona física y la jurídica por cuenta de quien actuó compartan solidariamente el pago de la multa impuesta y que así se garantice mejor el pago de la multa.

En relación también con la pena de multa, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha dispuesto para el tráfico ilícito de drogas, que se imponga «a la organización, asociación o persona titular del establecimiento una multa del

---

penal que asociar, todas aquellas conductas realizadas por los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que lleven asociadas como pena, directa o como producto de la degradación de la misma..., una sanción de multa”, y que “el protagonista de los delitos patrimoniales en nuestro Código Penal será el ‘ladrón de gallinas’, y sin embargo las actividades delictivas llevadas a cabo a través de personas jurídicas quedarán, en demasiados supuestos, al margen de la represión penal”.

244. Seguimos en este punto el planteamiento de DE LA FUENTE HONRUBIA, quien ha interpretado esta disposición en el sentido de contener una cierta cláusula de responsabilidad civil subsidiaria en favor del Estado, aunque no sin criticarla, pues, según él, vulnera seriamente el principio de responsabilidad personal por el hecho propio, y puede permitir que en el futuro se abran otras vías de responsabilidad colectiva, como el cumplimiento solidario de penas de trabajos en beneficio de la comunidad o de algunas penas privativas de derechos [*Las consecuencias accesorias* (2004), 71-72].

245. DE LA FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias accesorias* (2004), 71.

tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito» (art. 369.2 CP). Es preciso resaltar que esta disposición, a diferencia de lo que hace el art. 31.2 CP, no declara responsable solidaria del pago a la persona jurídica, sino que impone directamente a la misma una supuesta “pena” de multa. A mi modo de ver, esta disposición avanza de modo todavía mucho más claro que el art. 31.2 CP en el establecimiento de una responsabilidad penal para las personas jurídicas. Sin embargo, de ahí a decir que con ella se implante en nuestro sistema penal la responsabilidad penal de los entes colectivos, es quizás decir demasiado. Esta responsabilidad supondría una novedad tan importante en nuestro sistema punitivo que hubiese exigido por parte de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, una profunda y considerable remodelación de la Parte General del CP. Mientras que dicha reforma no se produzca, su naturaleza habrá que verla más como la de una multa coercitiva de carácter administrativo<sup>246</sup>, aunque judicializada, que como una auténtica y verdadera pena (*infra* § 43.1.1).

## § 19. El sistema de días-multa

### 1. Naturaleza del sistema de días-multa asumido

1. Una de las principales novedades del CP/1995, en efecto, ha sido la introducción, por vez primera en nuestra legislación, de una vieja aspiración de la doctrina española: el sistema de días multa.

El CP/1995 suprime el sistema de multa global, tradicionalmente vigente en España, y lo sustituye por el modelo escandinavo o de los días-multa.

Como ya vimos, el principio básico que inspira a este modelo es que la individualización de la multa se divide en dos fases, de tal manera que no se mezclen la antijuridicidad y culpabilidad, de una parte, y las circunstancias económicas del sujeto, de otra.

246. Le asignan naturaleza administrativa, entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, RDP 12 (2004), 139; DE LA FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias accesorias*, 73-74.

El CP/1995 diferencia claramente estas dos fases. En el **art. 50.5 CP** se separan estos dos actos. Por un lado, «los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este título [reglas generales de la determinación de las penas (*infra* §§ 23 y 24)]». A continuación, pero solamente una vez determinada la extensión de la pena conforme a estas reglas, procederán a fijar «en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y demás circunstancias personales del mismo».

2. Parece claro, por tanto, que el CP ha asumido el sistema de días-multa. Sin embargo, pueden presentarse dudas acerca de qué modalidad de este sistema es la que en concreto se ha asumido: si el modelo escandinavo en sentido estricto, que exige pagar la multa en único acto (o si el Juez lo considerase oportuno, conceder facilidades para el pago mediante la posibilidad de un pago aplazado); o el modelo de multa temporal, en el cual los pagos aplazados no constituyen ya un medio de facilitar el cumplimiento de la multa, sino un elemento esencial de la misma, mediante el cual se pretende conseguir que el reo se vea privado de parte de sus ingresos a lo largo de un determinado período de tiempo, limitando así su *standard* de vida.

La regulación del CP en este punto ha experimentado un importante cambio en virtud de la reforma operada por LO 15/2003. Mientras que en su redacción originaria el **art. 50.6** establecía una regulación totalmente abierta en este punto, pues se señalaba sencillamente que «el Tribunal determinará en la sentencia el tiempo y forma de pago de las cuotas», en cambio, tras la reforma de 2003 la redacción de este precepto parece que se decanta por el modelo escandinavo de pago único.

El **art. 50.6 CP** dispone ahora que «el tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen...».

Este sistema sigue siendo muy flexible en cuanto al tiempo y la forma de pago, de tal modo que nada impide legalmente al Juez, si así lo estima conveniente, permitir la anticipación del pago de todas las cuotas, o prever pagos

aplazados, incluso hasta discontinuos o con cuotas desiguales. De hecho la posibilidad de establecer una serie de plazos hay que admitirla, pues si no, no tendría sentido, ni lo dispuesto en el art. 50.6, ni tampoco lo previsto en el **art. 51 CP**, que prevé la posibilidad de modificación «tanto [d]el importe de las cuotas periódicas como [de] los plazos para su pago» si después de dictar sentencia variase la situación económica del penado. Sin embargo, lo que sucede, y en esta línea se pronunció ya el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley (p. 21), es que en la regulación actualmente vigente parece que los plazos ya no pueden ser concebidos como una parte esencial del modelo de multa adoptado, sino que más bien son un instrumento adicional previsto para facilitar el pago. En este sentido se suma también la circunstancia de que el impago de dos plazos determina el vencimiento de los restantes. Luego el incumplimiento de dos plazos no da lugar a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, sino a la obligación de pagar de una sola vez todos los plazos.

En conclusión, se podría decir que si a la entrada en vigor del CP/1995 éste establecía un modelo de multa de gran flexibilidad, un sistema híbrido entre el escandinavo en sentido estricto y el de multa temporal, tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en cambio, dicho modelo se ha inclinado hacia el sistema escandinavo de pago único (con la posibilidad, si el Juez lo considera oportuno, de conceder facilidades para el pago mediante el aplazamiento del pago).

## 2. Extensión de la pena de multa

Según lo dispuesto en el **art. 33 CP**, «la multa de más de dos meses» se considera pena *menos grave* [**apart. 3.i**]; y «la multa de diez días a dos meses», pena *leve* [**apart. 4.f**]. Por lo tanto, su extensión oscila, en principio, entre un mínimo de diez días y un máximo de dos años (**art. 50.3 CP**). En este punto, la LO 15/2003 ha elevado el límite mínimo, que antes estaba establecido en cinco días, ahora en diez. No obstante, estos límites generales pueden ser rebasados en algunos supuestos determinados.

1. En cuanto al límite máximo puede resultar sobrepasado en dos supuestos: por un lado, cuando la multa opere como pena sustitutiva, y por otro, en el caso de imponer una pena superior en grado.

En el primer supuesto, la supresión de la disposición que contenía antes el art. 50.3 CP no altera en absoluto esta situación. Antes se decía en este precepto que «este límite máximo no será de aplicación cuando la multa se imponga como sustitutiva de otra pena; en este caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas previstas en el artículo 88». Ahora no se dice nada, pero esto no quiere decir que la situación haya cambiado. La nueva regulación de la sustitución (art. 88) sigue siendo la misma, en lo que se refiere a este punto concreto. Se establece que un día de prisión será sustituido por dos cuotas diarias. En principio, al haberse previsto con carácter general la sustitución de penas de prisión de hasta un año, no se superaría el límite máximo de la multa de dos años de duración. Sin embargo, «excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa..., las penas de prisión que no excedan de dos años». Si no queremos dejar vacía de contenido esta disposición, habrá que entender entonces que cabe superar el límite máximo de los dos años, y entonces la multa puede llegar a tener una duración en estos supuestos de hasta cuatro años<sup>247</sup>.

Por otro lado, puesto que en la determinación de la extensión de la multa los jueces y tribunales habrán de ajustarse a lo dispuesto en el capítulo II del título III del CP (arts. 61 ss.), es posible que el límite general de los dos años de la pena de multa también se supere cuando se imponga una pena superior en grado. En este caso se estará a lo dispuesto en el **art. 70.3.9º CP**, a tenor del cual la duración máxima de la multa será de treinta meses.

2. Del mismo modo que acontece con el límite máximo, el límite mínimo general de 10 días también puede no llegar a alcanzarse. La LO 15/2003 ha corregido en este punto una descoordinación que existía entre la Parte General y la Parte Especial del Código. Esta descoordinación se producía porque la falta de daños del art. 625.1 CP tenía prevista una pena que no alcanzaba el límite mínimo de cinco días que estaba previsto con anterioridad. Aquella falta se castigaba con una pena alternativa de «arresto de uno a seis fines de semana o multa de uno a veinte días». Con la reforma de 2003 ninguna infracción leve prevista en el CP tiene prevista una multa inferior a diez días. Además, el art. 638.1 CP establece que «en la aplicación de las penas de este Libro procederán los Jueces y Tribunales, según su prudente

247. Así, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*<sup>3</sup>, 179.

arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los arts. 62 a 72 de este Código». Por tanto, parece que la intención de la ley sería que ninguna falta tuviese una duración inferior a 10 días-multa. Con ser esto cierto para el CP, sin embargo, hay que recordar que la **Disposición Transitoria 11ª.1 letra j) del CP**, establece que cuando se hayan de aplicar Leyes penales especiales o procesales, la pena de multa establecida para hechos definidos como falta se entenderá sustituida por «la multa de uno a sesenta días».

A esta excepción hay que sumar el hecho de que para la determinación de penas inferiores en grado en las infracciones menos graves, el Juez o Tribunal no se encuentra limitado por las cuantías mínimas señaladas en la Ley para cada clase de pena, según lo dispuesto en el **art. 71.1 CP**. De este modo, por sucesivas rebajas en grado podría imponerse una multa por debajo de los 10 días, sin que además ello suponga la degradación de la infracción penal a la categoría de falta.

No obstante lo dicho, hay que poner de relieve la incoherencia que se produce según la regulación vigente al permitirse la disminución por debajo del mínimo para lo más (para los delitos) y no admitirse en cambio para lo menos (las faltas)<sup>248</sup>. *De lege ferenda* esta discordancia podría solucionarse si se excluye expresamente del art. 71.1 a la multa, o bien si se fija como límite mínimo de la multa un día. Personalmente me inclino por esta última opción.

3. Por último, a efectos de *cómputo de la extensión de la multa*, el **art. 50.4 in fine CP** –a nuestro juicio, mal ubicado, pues no debería haberse mezclado con la regulación de la cuota diaria– dispone que «cuando se fije

248. Este argumento ha sido esgrimido por GRACIA MARTÍN, quien ahora admite tal posibilidad pero solamente en el caso de que la multa sea pena sustitutiva de la prisión, negándola cuando la multa fuese pena *originaria* para un delito (*Lecciones*<sup>3</sup>, 180).

Personalmente no creo que esté justificada esta limitación, puesto que el mismo argumento que emplea este autor puede servir para admitir dicha posibilidad. Si es una contradicción permitirlo para lo más grave (los delitos) y no para lo menos grave (las faltas), se puede decir lo mismo si lo admitimos para los delitos más graves (los castigados con pena de prisión) y no para los menos graves (castigados con pena de multa). Creo que esta limitación no tiene justificación. O se niega por completo la posibilidad de rebajar la pena de multa por debajo de los 10 días, o se admite, como creo que debe ser, sin ninguna limitación.

la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta». La razón de ser de esta disposición es la de evitar indeseables discriminaciones. No todos los meses del año tienen la misma duración, por lo que resulta lógico que se pretenda dotar de uniformidad a todos los meses. Asimismo, la cifra de 360 días para un año también tiene su justificación, pues no es más que el resultado de multiplicar 30 días por 12 meses. De este modo no sería perjudicado aquel multado condenado a un año en relación con el penado a dos multas de seis meses cada una.

### 3. El importe de la cuota diaria

Por lo que a la cuantía de la cuota diaria se refiere, hay que empezar por señalar que la LO 15/2003 ha introducido una importante novedad al respecto. Con carácter general dicha Ley ha procedido a la **actualización al euro** de los importes expresados en pesetas a lo largo de todo el CP<sup>249</sup>. Ello afecta, como es lógico, al importe de la multa.

Hasta la entrada en vigor de la LO 15/2003, el importe de la cuota diaria de la pena de multa era de 200 pesetas como mínimo y 50.000 como máximo. Convertidas estas cantidades a euros eran 1,21 € (mínimo) y 300,50 € máximo<sup>250</sup>. El nuevo **art. 50.4 CP** fija estas cifras en un mínimo de 2 € y un máximo de 400 €. Por tanto, el mínimo ha aumentado en un 65% y el máximo en un 33%. Este aumento de las cantidades de los límites de la cuota diaria no obedece a meras razones financieras o monetarias, sino que significa un auténtico cambio cualitativo, por lo que no podrá aplicarse retroactivamente por resultar menos beneficioso para el reo.

A propósito de estas cifras hay que resaltar que contrastan con las de otros países, como Alemania, en donde se ha establecido un mínimo de 1 € y un máximo de 5.000 €.

249. Sobre los problemas de la conversión de pesetas a euros, véase, entre otros, Roca AGAPITO, «¿Bienvenida del Euro? Algunos problemas que plantea en el Derecho penal la legada del Euro», LL 2002-2, 1777 ss.

250. Véase la Instrucción de la FGE nº 5/2001, de 13 de diciembre.

Las cifras de 2 y 400 € ofrecen un margen de diferencia, a nuestro juicio, no del todo satisfactorio. Con la nueva regulación la *ratio* para adaptar la cuota diaria a las circunstancias económicas del reo es de 1 a 200 (menor que en la redacción originaria del CP/1995, que era de 1 a 250). A mi modo de ver, esta magnitud resulta insuficiente para abarcar las diferencias económicas que existen en la sociedad española. Hubiese sido mucho más acertado y más ajustado a la realidad económica de nuestra sociedad haber establecido para el límite máximo una cifra mayor. Las diferencias que existen entre ricos y pobres en nuestro país son mucho mayores que de 1 a 200. Creo, por tanto, que el límite máximo de la cuota debería ser mayor, y por otro lado, el límite mínimo entiendo que debería ser también menor. Conforme a ello, yo sugeriría un mínimo de 1 € y un máximo de 3.000 €.

#### 4. La determinación del importe de la cuota

La fijación del importe de la cuota se hará en la sentencia, a tenor de lo dispuesto en el **art. 50.5 *in fine* CP**, «teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo».

De acuerdo con ello, la capacidad económica del condenado, en función de la cual habrá que determinar la cuantía de la cuota, se deducirá teniendo en cuenta la *totalidad de la situación patrimonial del reo*, contabilizando no sólo el activo, sino también el pasivo, y a partir de ahí fijando su capacidad media diaria de consumo, que deberá ser reducida hasta el mínimo imprescindible para su sustento o el mínimo inembargable.

- El «patrimonio» comprende todas las rentas que produzcan el patrimonio, tanto mobiliario como inmobiliario. Se computarán, por tanto, los valores (acciones, obligaciones, etc.), el importe del capital, y el importe de los demás bienes de los que sea propietario el reo, como los objetos de valor artístico, por ejemplo. También deberán considerarse las cargas que pesen sobre el patrimonio.
- Los «ingresos» comprenden los que el reo obtenga de su trabajo y también los derivados de las rentas del capital o los procedentes de otras rentas (arrendamientos, pensiones, dividendos, intereses ban-

carios, sueldos, etc.). Se plantea aquí el problema de la concreción de la cuota diaria en aquellas personas que carecen de ingresos, como estudiantes, amas de casa o parados. El criterio que debería tomarse como referencia puede ser el que resultaría de su derecho a la prestación de alimentos del Derecho civil, y en relación con los parados, la del subsidio de desempleo. También deberá tenerse en cuenta los cambios previsibles en la situación de los ingresos en el momento de dictarse la sentencia, por ejemplo, en supuestos de personas a punto de jubilarse, o en excedencia temporal, etc.

- Si el anterior criterio hacía referencia a los ingresos, en el siguiente se toma en consideración las «obligaciones y cargas familiares». Aquí se podrán incluir los gastos escolares de los hijos, del personal doméstico, gastos familiares especiales por enfermedad, vestido, alimentos, etc. No obstante, hay que tener presente que no todo reo tiene familia, o si la tiene no está a su cargo. De todas formas, la legislación española ha querido dejar abierta la posibilidad de tomar en consideración también otras obligaciones, aunque puedan no ser expresamente familiares, al introducir una cláusula de cierre muy genérica: «y demás circunstancias personales del mismo». Aquí pueden incluirse los gastos de la compra a plazos de una vivienda, los plazos del seguro del automóvil, o incluso los impuestos que debe pagar, etc. No podrán incluirse, en cambio, las obligaciones dinerarias derivadas del propio hecho penal, como las indemnizaciones, las costas procesales y los honorarios del abogado. El pago de estas obligaciones tiene preferencia sobre la multa, según lo dispuesto en el **art. 126 CP**. Consiguientemente, no podrán ser consideradas a efectos de determinar el importe de la cuantía diaria.

Por lo que a la determinación de la cuota diaria se refiere, también hay que recordar que a través de la LO 14/1999, de 9 de junio, se introdujeron sendas disposiciones en las faltas de malos tratos en el ámbito familiar (arts. 617.2 párr. 2º y 620 párr. 3º), según las cuales se debería tener en cuenta la posible repercusión económica que la pena de multa impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. Tras las LO 11/2003, de 29 de septiembre, y 15/2003, de 25 de noviembre, estas faltas han dejado de estar castigadas, como pena

principal, con multa, con lo cual tampoco tendría sentido que se hubiese previsto una disposición como aquella que obligaba a tener en consideración la repercusión económica que podría producir en el conjunto de la familia la imposición de la multa. Sin embargo, la supresión de esta disposición sería correcta si no fuese porque todavía era posible imponer la pena de multa en alguno de estos casos a través de la sustitución de la pena de prisión por la de multa (el art. 88.1 párr. 3º CP en la redacción dada por la LO 15/2003 se refería únicamente al delito tipificado en el art. 173.2 CP, y no al art. 153 CP que preveía también una pena de prisión). La LO 1/2004, de 28 de diciembre, ha eliminado por completo la posibilidad de imponer una pena de multa en los delitos relacionados con la violencia de género (párr. 3º del art. 88.1 CP en la redacción dada por la LO 1/2004).

## 5. Tiempo y forma de pago

En cuanto al tiempo y forma de pago de la multa, como ya hemos indicado (*supra* § 19.1.2), parece que tras la LO 15/2003 el modelo que se ha adoptado con carácter general es el sistema escandinavo de pago único. No obstante, según lo dispuesto en el **art. 50.6 CP**, «el tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes». Por tanto, el incumplimiento de dos plazos no daría lugar a responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, sino a la obligación de pagar de una sola vez todos los plazos. Luego, si no se puede pagar el monto total, entonces se acudiría a la responsabilidad personal subsidiaria.

En el caso de que la capacidad económica del sujeto varíe en el intervalo que va desde el pronunciamiento de la sentencia hasta el cumplimiento del plazo, el **art. 51 CP** ha previsto la posibilidad de «modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago». Esta última posibilidad de modificar los plazos ha sido introducida por la LO 15/2003. Lo que no estaría permitido en ningún caso es la modificación del número de cuotas impuestas, pues éste no depende de la situación económica del

sujeto, que puede variar, sino de la gravedad del hecho cometido, que ya no se puede modificar.

## § 20. La multa proporcional

1. Ha sido decisión del CP/1995 que en la actualidad coexistan dos sistemas distintos de multa: el de los días-multa, por un lado, que acabamos de examinar, y el de la multa proporcional. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, no ha venido a alterar esta situación, lo cual no deja de resultar llamativo, porque el Partido Popular nunca se ha caracterizado por sentirse especialmente atraído por la multa proporcional. Si se observan las intervenciones durante la tramitación parlamentaria del PCP/1992 y del PCP/1994, propuso en ambos casos su supresión, en la línea sugerida también por un sector de la doctrina, y que nosotros también compartimos, como veremos a continuación.

La multa proporcional consiste en una pena pecuniaria en la que se opera con múltiplos, divisores o tantos por cientos que se aplican a una magnitud determinada. Normalmente esta pena se impone en delitos [nunca a faltas y siempre se considera *pena menos grave*, según lo dispuesto en el **art. 33.3.j) CP**] en los cuales subyace un contenido económico, sea porque causa un importante perjuicio a terceros, sea porque produce un beneficio económico muy elevado al delincuente.

La multa proporcional está prevista, sobre todo, en delitos socioeconómicos y en delitos de funcionarios. Así, por ejemplo, está prevista en los delitos de información privilegiada (arts. 285 y 442), en los delitos societarios (arts. 291, 292 y 295), en el blanqueo de capitales (art. 301), en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305 a 309), en el tráfico ilegal de drogas (arts. 368 a 371), en la falsificación de moneda (art. 386), en la violación de secretos (art. 418), en el cohecho pasivo (arts. 419 a 421 y 425), y en el tráfico de influencias (art. 428 y 429).

La multa proporcional también está prevista en leyes penales especiales, como acontece con el art. 3.1 LO 12/1995, de 12 de diciembre, de

Represión del Contrabando. Por ello, el CP ha establecido en su **Disp. Trans. 11ª.1.h)** que en tales casos, «la pena de multa impuesta para hechos delictivos en cuantía proporcional al lucro obtenido o al perjuicio causado seguirá aplicándose proporcionalmente».

2. El mantenimiento de la multa proporcional es una *cuestión discutida*. De una parte se defiende su permanencia sobre la base de que se trata de una respuesta adecuada para aquellos casos que se encuentran también sancionados administrativamente, pero con una multa que supera los límites máximos de la sanción penal por cuotas. También se pretende justificar su presencia junto al sistema de días-multa por razones retributivas y de prevención general en relación a delitos caracterizados por la obtención de grandes beneficios económicos y respecto de los cuales la multa por cuotas puede resultar excesivamente benigna y por ello ineficaz como instrumento intimidatorio. Pero por otra parte se considera –a nuestro juicio, con mayor razón–, que mantener junto a la nueva pena de multa, la antigua multa proporcional puede ser criticable. La multa proporcional resulta incompatible con el sistema de días-multa, porque precisamente se opone a la idea central del nuevo sistema. Aquélla toma en consideración en un único acto el injusto del hecho y la culpabilidad del autor, por un lado, y las capacidades económicas del sujeto, por otro, sin separar debidamente ambas cosas. Así lo dispone expresamente el **art. 52.2 CP**, según el cual «en estos casos, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable»<sup>251</sup>.

Su mantenimiento, como dice MANZANARES SAMANIEGO, resulta “contradictorio y perturbador”<sup>252</sup>, y los argumentos que se aducen en favor suyo no parecen, a nuestro juicio, convincentes. En primer lugar, el problema de las elevadas mul-

251. Hay que tener en cuenta también el **art. 377 CP**, que establece una regla específica de determinación de la cuantía de la multa para el delito de tráfico ilegal de drogas, atendiendo al «valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos» o, en su caso, a «la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener».

252. MANZANARES SAMANIEGO, «La pena de multa», LL 1996-2, 1537.

tas administrativas, muchas veces superiores a las penales, como señala CEREZO MIR, es un problema real, “pero la solución correcta no consiste en mantener la multa proporcional, sino en un replanteamiento general de los límites entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo”<sup>253</sup>. En segundo lugar, si se alega que dicha pena está prevista para delitos que producen grandes beneficios o perjuicios, como los socioeconómicos, el narcotráfico, etc., la gravedad de estos hechos puede apuntar más bien a que la pena indicada en estos casos deba ser la privativa de libertad, y no la de multa. Además, en muchos de estos delitos la multa se encuentra prevista como pena acumulada a la prisión, lo cual comporta el peligro, que ya hemos apuntado, de aumentar considerablemente la frecuencia del arresto sustitutorio. Y en tercer lugar, con respecto a los criterios de determinación de la multa proporcional previstos en el art. 52 CP, CEREZO MIR destaca que “el daño causado forma parte de lo injusto (desvalor de resultado) y es tenido en cuenta, por tanto, al determinar la gravedad del delito y el número de cuotas diarias”, y “los efectos provenientes del delito y el beneficio reportado serán decomisados (artículo 127)”<sup>254</sup>.

## § 21. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa

### 1. Consideraciones generales sobre la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa

#### a) *Fundamento*

Como hemos visto, el sistema de los días-multa es, de los modelos de multa ideados hasta ahora, el que mejor se adapta a la capacidad económica

253. CEREZO MIR, «Consideraciones político-criminales sobre el Nuevo Código Penal de 1995», LL 1996-3, 1473.

254. CEREZO MIR, LL 1996-3, 1473.

del autor. Sin embargo, por mucho que uno se esfuerce en esa adaptación, nunca se podrá evitar que haya personas que no quieran o que no puedan pagar total o parcialmente la sanción impuesta. Si sucediese esto, el legislador penal, ya desde muy antiguo, ha dispuesto que la pena se tiene que cumplir, aunque sea de otro modo (*qui non habet in ære, luat in corpore*, se decía en el Derecho común). Pues bien, el CP español no ha sido una excepción a este principio general y ha previsto en su **art. 53.1** que «si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente». «También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad».

La responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa<sup>255</sup> es una institución jurídica muy compleja, a la vez que polémica. Es ésta una institución de cierre del sistema, por medio de la cual se pretende evitar que quede sin efecto una de las penas que se aplican a los niveles menos graves de la criminalidad, como es la pena de multa. El fundamento, por tanto, de esta pena estriba en garantizar la *inderogabilidad de las penas pecuniarias*.

## b) Naturaleza

1. El CP vigente parece haber puesto punto final a la polémica acerca de la naturaleza de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. El **art. 35 CP** es diáfano a este respecto: «Son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa».

En nuestra opinión, el hecho de que a través del cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria se extinga la pena de multa no desvir-

255. Existen dos monografías específicamente dedicadas a este tema. La primera, referida a la regulación vigente antes del CP/1995, es de JAREÑO LEAL, *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Ed. Civitas, Madrid, 1994. La segunda, referida ya al CP/1995, es de ROCA AGAPITO, *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2003.

túa su naturaleza y esencia de pena privativa de libertad. La extinción de la pena de multa puede explicarse salvándose el carácter autónomo de la responsabilidad personal subsidiaria. Estamos ante una auténtica pena de carácter autónomo y además subsidiario.

A nuestro modo de ver, cuando un sujeto comete un hecho castigado con multa, en realidad, no se le conmina con una pena de multa, sino que *se le está conminando con dos penas*: una de carácter principal, la multa, y otra de carácter subsidiario, la responsabilidad personal subsidiaria, que únicamente resulta aplicable cuando no lo sea la pena principal. Pero ello no le niega en absoluto el carácter de auténtica pena.

Concebida así la responsabilidad personal subsidiaria se comprende que el cumplimiento de la misma extinga la ejecución de la pena principal, esto es, la multa, pero no porque sea una forma de cumplir la misma, sino porque con la aplicación de una sola norma, ya comprendemos todo el contenido de la responsabilidad penal, de tal manera que si además de la responsabilidad personal subsidiaria obligásemos al penado a satisfacer la pena de multa estaríamos infringiendo el principio *non bis in idem*. Es por ello también por lo que el **art. 53.4 CP** establece, de modo innecesario, según nuestro punto de vista, que «el cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado».

Por otro lado, esta concepción de la responsabilidad personal subsidiaria permite explicar satisfactoriamente por qué se la califica de pena privativa de libertad en un lugar (art. 35), pero luego pueda consistir en trabajos en beneficio de la comunidad, que evidentemente, no es una pena privativa de libertad. En estos casos, los trabajos en beneficio de la comunidad son pena sustitutiva de la privación de libertad, pero no sustitutiva directa de la multa, por ello también hay que concluir que en caso de incumplimiento habrá que regresar a la ejecución de la privación de libertad originaria, esto es, la responsabilidad personal subsidiaria.

2. Esta naturaleza de la responsabilidad personal subsidiaria como auténtica, aunque subsidiaria, pena privativa de libertad comporta una serie de **consecuencias** importantes.

Por de pronto, como pena que es deberá figurar también en el fallo condenatorio junto a la multa. Pero además, dicha naturaleza implica que

su ejecución debe estar orientada hacia la reeducación y reinserción social del delincuente (**art. 25.2 CE**); su regulación está sujeta a reserva de ley orgánica (**art. 81 CE**); le resulta abonable el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente (**art. 58 CP**); le son de aplicación también los límites establecidos legalmente para el concurso real de delitos (**art. 76 CP**); es posible acordar la suspensión de la misma en los términos previstos en la ley (**art. 80 y ss. CP**); y por último, cabe acordar la libertad condicional según lo dispuesto en la ley (**art. 90 y ss. CP**).

### c) *Legitimidad*

En virtud del *principio de inderogabilidad de la pena* parece que está justificado prever algún tipo de responsabilidad subsidiaria para el caso de impago de la multa. Sin embargo, esto no quiere decir que sea legítima cualquier medida para conseguir el mencionado propósito de inderogabilidad de la pena. Como acontece con cualquier otra actividad del hombre: el fin nunca justifica los medios.

A nuestro juicio, se podría hacer aquí un paralelismo con las causas de justificación. Es posible admitir que exista una necesidad en abstracto de prever algún tipo de responsabilidad subsidiaria para garantizar la ejecución de la pena de multa. En este ámbito es en donde se desenvolvería el principio de inderogabilidad de la pena, pues si no se previese ninguna medida subsidiaria la pena de multa perdería la mayor parte de su eficacia intimidativa. Sin embargo, en un segundo nivel habrá que estudiar si concurre una necesidad en concreto de la medida adoptada, que tal y como ha sido concebida por el CP español, se trata de una auténtica pena privativa de libertad. Pues bien, diremos que esta pena era necesaria en concreto cuando de entre todos los medios a su alcance para conseguir aquel objetivo legítimo, el legislador ha optado por el menos lesivo de todos. En otras palabras, la cuestión decisiva es si la responsabilidad personal subsidiaria en su actual configuración es proporcionada para garantizar la inderogabilidad de la pena de multa.

El CP/1995 ha mantenido la tradicional privación de libertad subsidiaria por impago de multa, y hay que decir que la LO 15/2003 no ha introducido ningún cambio significativo en este punto. Se sigue configu-

rando la responsabilidad personal subsidiaria como una pena privativa de libertad. Sin embargo, a nuestro juicio, la conversión de la pena pecuniaria original en caso de imposibilidad de pago en una privación de libertad obedece exclusivamente a una circunstancia ajena al hecho cometido, y por ello, no está justificada, pues constituye sencillamente una pena a la pobreza. No podemos ahora detenernos en desarrollar esta crítica, pero la privación de libertad subsidiaria no resulta proporcionada a la gravedad del hecho ni a la culpabilidad del autor, por lo que no puede cumplir ninguno de los fines tradicionales que se asigna a la pena (retribución, prevención general, prevención especial). En este sentido, resulta una pena desproporcionada, a pesar de que el TC haya avalado la constitucionalidad del arresto subsidiario (SSTC 19/1988, de 16 de febrero, y 230/1991, de 10 de diciembre). El CP español no ha seguido en este punto los pasos emprendidos en otros países, como en Italia, en donde la multa insatisfecha sólo puede ser sustituida por una libertad vigilada o por trabajos en beneficio de la comunidad, pero nunca directamente por una privación de libertad. Tan sólo está justificado acudir a ella si se incumplen estas otras penas no privativas de libertad<sup>256</sup>.

## 2. Presupuesto de la responsabilidad personal subsidiaria

Para imponer la responsabilidad personal subsidiaria es presupuesto indispensable que el sujeto no pueda pagar la multa, esto es, que el penado se encuentre en situación de insolvencia. El **art. 53.1 CP** comienza estableciendo como requisito para quedar sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria que «el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta».

Por tanto, antes de imponer la responsabilidad personal subsidiaria correspondiente, en el caso de que el condenado no quiera pagar la multa voluntariamente, habrá que intentar ejecutar la pena de multa por otros medios. Habrá que acudir entonces a las vías de apremio legalmente esta-

256. La prisión subsidiaria fue declarada inconstitucional en Italia por la sentencia de la *Corte Costituzionale* n° 131/1979, de 21 de noviembre, y su regulación posterior se encuentra desarrollada en el Ley n° 689/1981, de 24 de noviembre.

blecidas. Esto significa que el multado no tiene ningún derecho de opción entre pagar la multa o cumplir la responsabilidad personal subsidiaria.

Pero antes de acudir a la responsabilidad personal subsidiaria, y aún antes que ella, a la vía de apremio, es posible adoptar también otro tipo de medidas que pretendan facilitar la ejecución de la pena de multa. En concreto, el **art. 51 CP** permite «modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago».

La LO 15/2003 ha introducido una significativa novedad en este ámbito, que consiste en la posibilidad de reducir el importe de la multa proporcional o de autorizar su pago por plazos si tras la sentencia empeorare la situación económica del penado. Con esta novedad se pretende intentar conciliar, en cierta medida, la multa proporcional con el sistema de días-multa, pero ello, desde nuestro punto de vista, en el fondo no es posible, porque la multa proporcional confunde la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, por un lado, con la capacidad económica del penado, por otro, lo cual no impide que se le pueda seguir achacando que suponga una distinta carga aflictiva para pobres que para ricos.

### 3. La responsabilidad personal subsidiaria y el doble sistema de la pena de multa

Según se ha expuesto, en el CP vigente coexisten dos modelos distintos de pena de multa: el novedoso sistema de los días-multa y el ya conocido de la multa proporcional. Paralelamente se ha previsto también para cada uno de ellos un sistema distinto de conversión de la multa impagada.

Para el modelo de los *días-multa*, el **art. 53.1 CP** establece que el penado «quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas...».

En los supuestos de *multa proporcional*, en cambio, el **art. 53.2 CP** ordena que «los jueces y tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda...».

Existe, por tanto, una clara diferencia entre ambos modelos. En el caso de que la multa fuese impuesta conforme al sistema de los días-multa, el órgano judicial no tiene margen de discrecionalidad a la hora de fijar la

responsabilidad personal subsidiaria, sino que tiene que atender al módulo de conversión legalmente establecido. Por el contrario, para el caso de una multa proporcional, el Juez o Tribunal podrá imponer la que, según su prudente arbitrio, estime conveniente dentro de los límites legalmente establecidos.

### a) Sistema de días-multa

1. El *módulo de conversión* de la multa en privación de libertad que está previsto en el art. 53 CP es de 2 a 1. Más adecuado hubiese sido, a mi juicio, haber adoptado un módulo de conversión de  $3 = 1$ , pues la multa afecta al tiempo de trabajo del penado, cuyo resultado debe ser expropiado. El módulo de conversión previsto en nuestro ordenamiento implica que 15 o 16 horas de trabajo (lo que viene a constituir dos jornadas laborales) son equiparadas a 24 horas de un día de privación de libertad en que consiste la responsabilidad personal subsidiaria. Por eso me parece que sería más adecuado que un día de prisión subsidiaria equivaliese a tres días-multa.

2. El impago de la pena de multa no tiene que ser necesariamente total para que dé lugar a una responsabilidad personal subsidiaria. También cuando el condenado pague sólo una parte de la multa se podrá imponer una responsabilidad personal subsidiaria por el resto que haya quedado sin pagar, aplicando al mismo el módulo de conversión previsto.

A simple vista el *impago total* parece que no debería plantear excesivos problemas. Sin embargo, las dudas surgen cuando la multa tiene señalado un número impar de días. En estos casos habrá que entender que el día sobrante al aplicar el módulo de conversión debe ignorarse, porque no sería admisible imponer medio día de responsabilidad personal subsidiaria.

El *pago parcial* también puede plantear otro tipo de problemas. La dificultad surge cuando el monto total satisfecho no se corresponde con un múltiplo exacto del importe de la cuota diaria fijada. En estos casos el resto impagado que no llegue a constituir una cuota diaria no podrá computarse a efectos de exigir responsabilidad personal subsidiaria. En el caso de un pago parcial habrá que descontar de la suma total de la multa la parte pagada, el resto dividirlo por el importe de la cuota diaria, y al cociente

que resulte habrá que aplicarle luego el módulo de conversión legalmente establecido.

### b) *Multa proporcional*

Como hemos visto, para el caso de la multa proporcional el art. 53.2 CP no ha establecido ningún módulo de conversión. En realidad resultaría difícil pensar en uno que pudiese resultar aplicable a la misma, pues aquí no sirve el método seguido para la multa temporal.

Además de las críticas que se pueden dirigir a la decisión político-criminal de mantener junto al sistema de días-multa el de la multa proporcional (*supra* § 20), se unen también otras, en particular, en relación con la responsabilidad personal subsidiaria. En efecto, el sistema discrecional de conversión que rige para la multa proporcional resulta muy criticable, porque este sistema genera gran inseguridad. La principal ventaja que ofrece el módulo fijo frente al discrecional es una mayor seguridad y certeza jurídicas, de forma que se puede evitar que dos multas idénticas puedan dar lugar a dos penas de diferente duración y gravedad. En el sistema de días-multa la conversión en responsabilidad personal subsidiaria es la misma con independencia de la sede judicial en que se haya condenado al reo, lo cual no queda en absoluto garantizado en el ámbito de la multa proporcional.

## 4. Límites de la responsabilidad personal subsidiaria

1. El *límite mínimo* de la responsabilidad personal subsidiaria es de un día de privación de libertad. Dado que el legislador nada dice al respecto, no cabe dividir esta unidad de medida de la privación de libertad en partes más pequeñas, como puedan ser las horas.

Si la responsabilidad personal subsidiaria se cumpliera en régimen de localización permanente el límite mínimo sería también de un día y si se cumpliera en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad, el límite mínimo sería igualmente de una jornada. En este último caso lo que sucede es que la jornada hay que computarla en horas, teniendo una duración

máxima de 8 y mínima de 4, pudiendo también autorizarse el cumplimiento de la misma de forma partida (*supra* § 17.4.2).

2. El art. 53 CP no fija un *límite máximo* de duración de la responsabilidad personal subsidiaria en el caso de impago de una multa impuesta según el sistema de los días-multa. Únicamente dispone que para el caso de la multa proporcional «la responsabilidad personal subsidiaria que proceda no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración» (**art. 53.2 CP**).

No obstante, este límite de un año de duración para el caso de impago de una multa proporcional viene a coincidir también con la duración máxima que por regla general corresponde para el supuesto de los días-multa. En efecto, la duración de la responsabilidad personal subsidiaria depende de la duración que tenga la multa, y como ésta tiene un límite máximo de 2 años, según lo dispuesto en el **art. 50.3 CP**, si aplicamos a esta duración el módulo de conversión previsto en el **art. 53.1 CP** ( $2 = 1$ ), entonces habrá que concluir que la duración de la responsabilidad personal subsidiaria en estos casos no podrá exceder, como regla general, de un año.

Pero esta regla general tiene también alguna *excepción*. Así, en algunos casos se podrá superar el límite de un año, como sucede cuando por aplicación de las reglas de determinación de la pena, la multa supere el límite máximo de dos años. En este caso, y a tenor de lo dispuesto en el **art. 70.3.9º CP**, la duración máxima de la multa será de *treinta meses*. Por lo tanto, la responsabilidad personal subsidiaria podría ser entonces de un año y tres meses.

En otras ocasiones acontece, en cambio, que ese máximo no podrá llegar a alcanzarse, porque se renuncia al cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria.

En particular, y como consecuencia de la declaración contenida en el art. 35 CP, que atribuye a la responsabilidad personal subsidiaria el carácter de pena privativa de libertad, le resulta aplicable a la misma lo dispuesto en el **art. 76 CP** para el concurso real de delitos [*infra* § 24.3.a).3].

Asimismo, cuando se apliquen conjuntamente penas privativas de libertad y penas pecuniarias pueden entrar en juego otro límite, que está previsto en el **art. 53.3 CP**. A tenor de lo dispuesto en este precepto, «esta responsa-

bilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años». No obstante, la multa sigue siendo exigible, y si el reo tiene dinero para pagarla está obligado a hacerlo. Cómo deba entenderse este límite es una cuestión discutible y en la cual la opinión mayoritaria es partidaria de una interpretación extensiva y benévola de la misma<sup>257</sup>. Interpretación, por otra parte, que comparto. Conforme a la misma, no se debe cumplir la responsabilidad personal subsidiaria cuando por un mismo delito se imponga al condenado, junto con la multa, pena de prisión superior a cinco años; cuando el sujeto es condenado a pena de prisión superior a cinco años, aunque lo sea por delito distinto de aquél por el que se le impuso la pena de multa; cuando, condenado el sujeto por diversos delitos sancionados todos ellos con penas privativas de libertad y multa, con carácter conjunto, si una de las penas privativas sobrepasa los cinco años, resultará improcedente la imposición de la responsabilidad personal subsidiaria no sólo en relación con la multa conjunta a aquél castigo, sino también con las correspondientes a las restantes penas pecuniarias; cuando, condenado el sujeto por diversos delitos sin que ninguna de las penas de prisión sobrepasen los cinco años, si lo haga la suma de todas ellas; y cuando la pena o penas de prisión impuestas no sobrepasen en su totalidad los cinco años, pero sí supere dicha extensión la suma de dichas prisiones con la privación de libertad subsidiaria.

## 5. El cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa

### a) *Esquema general sobre el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria*

De lo dispuesto en los **apartados 1 y 2 del art. 53 CP** se puede deducir, a nuestro juicio, que la responsabilidad personal subsidiaria se cumple bási-

257. En el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 1 de marzo de 2005 se ha acordado, en un segundo asunto relativo al cómputo de la pena privativa de libertad a los efectos de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, que “la responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53 CP”.

camente de dos formas diferentes: en primer lugar, en régimen de privación de libertad, ya sea en un centro penitenciario o en el domicilio del penado, y en segundo lugar, en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad. El esquema general de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria sería, por tanto, el siguiente:

<b>CONDENA</b>	<b>Multa y Responsabilidad personal subsidiaria</b>	<i>Pago</i> (voluntario o por vía de apremio)	
		<i>Privación de libertad subsidiaria</i>	ejecutada en la cárcel o en el domicilio
			sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad

### b) *Cumplimiento en régimen de privación de libertad*

La responsabilidad personal subsidiaria en régimen de privación de libertad puede cumplirse de dos formas: o bien en un centro penitenciario o bien en régimen de localización permanente, que normalmente se cumple en el domicilio del penado.

#### i. En Centro penitenciario

1. Si la responsabilidad personal subsidiaria se trata, como hemos dicho, de una verdadera pena privativa de libertad, y así lo declara el propio CP (art. 35), resulta obligado colegir que como cualquier otra pena privativa de libertad deberá estar «orientada hacia la reeducación y reinserción social» (art. 25 CE). Si la responsabilidad subsidiaria es una auténtica pena privativa de libertad de carácter autónomo e independiente, su contenido, en principio, no debería resultar más severo que el de la pena de prisión. Sería un contrasentido que su cumplimiento pudiese resultar más gravoso o restrictivo que la pena de prisión, pues en última instancia se estaría haciendo más aflictiva, en vía ejecutiva, la pena de multa que la pena de prisión.

Es un hecho perfectamente constatado que las penas cortas privativas de libertad carecen de efectos resocializadores. Por definición, la responsabilidad personal subsidiaria de muy corta duración se limitará a cumplir sencillamente unos fines de mera retención y custodia. Ahora bien, cuando la responsabilidad subsidiaria tenga una duración mayor, que dé tiempo a clasificar al condenado (recordemos que su duración puede llegar hasta el

año, y excepcionalmente hasta los 15 meses), entonces, no hay inconveniente alguno en poder incluirla dentro del sistema progresivo de cumplimiento de las penas privativas de libertad. Por ello, en este caso no sería descartable que el penado llegue a disfrutar de permisos de salida (arts. 47 LOGP y 154 y ss. RgtoP) o de la libertad condicional (arts. 90 y ss. CP, 72.1 LOGP y 192 y ss. RgtoP).

2. La LO 15/2003, al suprimir con carácter general la pena de arresto de fin de semana, también ha eliminado la posibilidad de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria en régimen de arresto de fin de semana. Con esta medida, la verdad sea dicho, desaparece uno de los mayores problemas ante los que se enfrentaba cualquiera a la hora de interpretar la regulación de la responsabilidad personal subsidiaria. El art. 53 no regulaba expresamente el módulo de conversión de la pena de multa en arrestos de fin de semana, por lo que al intérprete se le abrían dos posibilidades: o bien acudir al módulo que estaba previsto en el art. 37.1 o bien al previsto en el art. 88.1. A nuestro juicio, el módulo que había que emplear era el del art. 37.1, porque establecía una equivalencia entre privación de libertad con carácter general (cualquiera que fuese, incluida también la responsabilidad personal subsidiaria) y la pena de arresto de fin de semana<sup>258</sup>. En cambio, el art. 88 sustituía la pena de prisión (que a tenor de lo dispuesto en el art. 35 era una pena distinta de la responsabilidad personal subsidiaria) por la de arresto de fin de semana.

#### ii. En régimen de localización permanente

La LO 15/2003 ha introducido otra importante novedad en el régimen de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria, y es que se puede cumplir en régimen de localización permanente, si bien solamente «tratándose de faltas» (**art. 53.1 CP**). Esta posibilidad está excluida de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de una multa proporcional, dado que ésta siempre tiene la consideración de pena menos grave [art. 33.3.j)], y por tanto, nunca podría constituir una falta.

<sup>258</sup>. En este sentido, véase la Consulta de la FGE nº 6/1999, de 16 de diciembre.

Sobre la regulación de la localización permanente nos remitimos a lo ya dicho en otro momento (*supra* § 11). Ahora simplemente nos referiremos a las cuestiones específicas relativas a esta forma de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria. Entre ellas el nuevo art. 53.1 CP no ha previsto un módulo de conversión de la responsabilidad personal subsidiaria en localización permanente. Igual que sucedía antes con el arresto de fin de semana, como acabamos de ver. Únicamente la **Disp. Trans. 2ª LO 15/2003** ha establecido que «en los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de esta Ley fuera la de localización permanente, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que cada día de localización permanente equivale a un día de prisión». Conforme a ello, puede interpretarse, aunque no es obligatorio que así suceda, puesto que la disposición transitoria se refiere tan sólo a cuando se tenga que comparar la gravedad de la pena, que el módulo de conversión es de un día de localización permanente por cada día de responsabilidad personal subsidiaria ( $1 = 1$ ). Si tenemos en cuenta que las multas previstas para las faltas llegan hasta los dos meses, podría afirmarse que la localización permanente podría alcanzar los 30 días de duración. De este modo, se plantea un problema similar al que sucedía con el arresto de fin de semana, y que consiste en que la responsabilidad personal subsidiaria puede superar el límite general previsto para esta pena. La LO 15/2003 ha resuelto expresamente esta cuestión y en el **párr. 1º del art. 53.1 in fine CP** ha dispuesto que «en este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el artículo 37.1 de este Código».

Sin embargo, con esta disposición la responsabilidad personal subsidiaria no está exenta de otro tipo de problemas cuando se cumpla en régimen de localización permanente.

La pena de multa, como sabemos, aparece en muchos preceptos del CP de un modo alternativo junto a otra pena. En estos supuestos, la pura lógica implica que la responsabilidad personal subsidiaria no debería ser mayor nunca que la que figura como alternativa junto a la pena de multa. Parece un contrasentido que termine por cumplirse una pena de mayor gravedad que la que inicialmente se podía imponer. Pues bien, esta paradoja se da, por ejemplo, en la falta de lesiones del **art. 617.1 CP**, que contempla una pena de localización permanente de 6 a 12 días o multa de 1 a 2 meses. Si inicialmente impusiésemos la pena de multa y resultase impagada, a tenor

de lo dispuesto en el art. 53 CP y aplicando el módulo de conversión de la Disp. Transit. 2ª de la LO 15/2003, la responsabilidad personal subsidiaria sería de 15 a 30 días. Más del doble que la inicialmente prevista en el art. 617.1 CP.

Por esta razón, parecería oportuno, *de lege ferenda*, que el legislador previera expresamente un límite que impidiese superar el máximo de la pena alternativa que apareciese junto a la pena de multa.

### c) *Cumplimiento en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad*

De conformidad con lo dispuesto en los **arts. 53.1 párr. 2º y 53.2 CP**, «también podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad». En el caso de que la multa se haya impuesto por el sistema de días-multa, «cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo».

En cuanto al contenido y naturaleza de esta pena nos remitimos a lo ya expuesto más arriba (*supra* § 17). No se plantea ningún problema especial en esta forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria, por cuanto que el módulo de conversión es muy sencillo: un día de privación de libertad es sustituido por una jornada de trabajo. Por tanto, los trabajos en beneficio de comunidad tendrán la misma duración que la responsabilidad personal subsidiaria: una jornada como mínimo y un año como máximo (excepcionalmente, 15 meses para la multa impuesta conforme al sistema de días-multa).

A pesar de que el módulo de conversión previsto resulte muy seguro, sin embargo, *de lege ferenda* quizás no habría que descartar la posibilidad de flexibilizarlo en algunos supuestos. Particularmente cabría pensar en aquellos casos de cuotas diarias muy bajas, pues en estos casos el penado tendría pocos alicientes para optar por cumplir la responsabilidad personal subsidiaria en régimen de trabajo en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, puesto que el importe de cada cuota puede ser de 2 € y que cada dos cuotas diarias no satisfechas se impondría una jornada de trabajo, nos podríamos preguntar si habría alguien dispuesto a trabajar por 4 € al día.

Asimismo, el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad plantea también en algún supuesto el mismo problema que acabamos de denunciar con respecto a la localización permanente: es posible que termine por cumplirse una pena de mayor gravedad que la que inicialmente se podía imponer. Así, el **art. 244.1 CP** contempla para el delito de hurto de uso de vehículos a motor o ciclomotores las penas de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de 6 a 12 meses. Si impusiésemos la multa y ésta resultase impagada, la responsabilidad personal subsidiaria podría ser de 90 a 180 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 53 CP.

## 6. Suspensión de la responsabilidad personal subsidiaria

Según hemos visto en otro momento [*supra* § 13.1.a)], de acuerdo con el **art. 80.1 CP** pueden suspenderse las *penas privativas de libertad*, entre las que se encuentran, según el art. 35 CP, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Por tanto, la suspensión no queda limitada exclusivamente a la pena de prisión. Ello se deduce no sólo de esta referencia genérica a las penas privativas de libertad contenida en el art. 80, sino también por lo dispuesto en otros preceptos de esta Sección. Concretamente en la **regla 2ª del art. 81** se excluye la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa de la suma de las penas a efectos de comprobar que no se supera el límite de los dos años de duración, lo cual permite suspender también la privación de libertad derivada del impago de multa, aunque con ella se superasen los dos años que se establecen como límite para la suspensión. Asimismo, la extensión de la suspensión a todas las penas privativas de libertad se deduce de lo dispuesto en el **art. 83**, cuando se contempla la posibilidad de imponer determinadas reglas de conducta «en el caso de que la pena suspendida fuese la de prisión», lo cual significa, *a sensu contrario*, que las reglas de conducta no se pueden imponer en el caso de suspender la ejecución de otras penas privativas de libertad, pero no que sólo se pueda suspender la pena de prisión. Para estas otras penas, sin embargo, no será posible la imposición de las reglas de conducta previstas en el art. 83.

La razón por la cual el art. 81.2 excluye del cómputo de las penas privativas de libertad a efectos de su suspensión a la responsabilidad personal subsidiaria es muy sencilla. Si tenemos en cuenta que el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria no depende del multado, sino que depende del fracaso de la vía de apremio, sería totalmente injusto, como ha puesto de relieve la Consulta de la FGE nº 4/1999, de 17 de diciembre, que a quienes se impusiese una pena de prisión de dos años y una multa, la posibilidad de suspender aquélla dependiese exclusivamente de la capacidad económica del penado. Quien pudiese pagarla suspendería la pena de prisión, quien no pudiese tendría que cumplirla.

## 7. Incumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria

En cuanto al incumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria, a nuestro modo de ver, hay que partir de la consideración de que ésta es una pena privativa de libertad autónoma, que se puede cumplir de dos formas: en un centro penitenciario o en el domicilio del penado. En cualquiera de estos casos, su incumplimiento dará lugar a la correspondiente responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP.

Por el contrario, si la responsabilidad subsidiaria es sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad, su incumplimiento no dará lugar a un delito de quebrantamiento de condena, sino que, en cuanto pena sustitutiva, habrá que acudir a lo dispuesto en el **art. 88.2 CP**, que ordena regresar a la pena de prisión inicialmente impuesta descontando, en su caso, la parte de tiempo que se haya cumplido, de acuerdo con la regla de sustitución prevista en el art. 53.1 CP.

El incumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad se regirá por lo dispuesto en el **art. 49.6ª CP**, salvo en lo que se refiere al inciso final, según el cual se deducirá testimonio por delito de quebrantamiento de condena. Esta regla no rige en el caso de la responsabilidad personal subsidiaria, porque en este supuesto los trabajos en beneficio de la comunidad son pena sustitutiva, y no pena principal, a la que se refiere esta disposición (*supra* § 17.7).

## CAPÍTULO VI

# Determinación de la pena

## § 22. Sistemas legales de determinación de la pena

### 1. Concepto y fases de la determinación de la pena

La determinación de la pena, *en sentido estricto*, consiste en aquel proceso, en parte legal y en parte judicial, que partiendo de la conminación penal abstracta prevista en la ley para una concreta infracción, termina con la fijación en la sentencia de la clase y duración de la pena concreta aplicable al culpable de esa infracción<sup>259</sup>.

La individualización de la pena se puede decir, en efecto, que comienza ya en los preceptos de la Parte Especial del CP, pues en ellos se contiene un silogismo de carácter general que luego la sentencia se encarga de concretar en un hecho real. Cuando la sentencia es condenatoria, la consecuencia jurídico-penal más importante es la imposición de una determinada pena.

---

259. La bibliografía sobre la determinación de la pena es muy considerable. Por ello tan sólo resaltamos las siguientes monografías: GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, Ed. ICAI, Madrid, 1985; GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en derecho español*, Ed. Universidad de Barcelona, 1982; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, 6ª ed., Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2005.

*En sentido amplio*, la determinación de la pena se podría decir que es un proceso de adaptación que se inicia con la descripción típica de la ley y concluye con la ejecución de la pena efectivamente impuesta. Desde la aportación de SALEILLES, suele distinguirse en este proceso entre una individualización legal, una individualización judicial y una individualización penitenciaria.

- a) La *individualización legal* viene determinada por el establecimiento en la norma, con carácter general y abstracto, de la pena correspondiente a cada una de las infracciones en particular.
- b) La *individualización judicial* es la realizada por el juzgador, que debe determinar la clase de pena y su duración. Salvo en los casos en que la pena constituye una magnitud invariable, es decir, está absolutamente determinada en la ley (por ejemplo, el caso de la pena de muerte), el juez dispone de un repertorio de penas posibles, entre las que opta en función de criterios establecidos en la propia ley.
- c) La *individualización penitenciaria* se lleva a cabo por los funcionarios encargados de la ejecución de las penas privativas de libertad, únicas adecuadas para esta actuación individualizadora. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la actividad de la Administración se encuentra sometida, como no podía ser de otro modo en un Estado de Derecho, al control judicial. En particular, dicho control lo ejerce el Juez de Vigilancia Penitenciaria (*infra* § 39).

La primera fase pertenece más bien al estudio de la Parte Especial del Derecho penal. La tercera fase se estudiará más adelante al exponer la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad (*infra* §§ 31 ss.). En este momento nos vamos a ocupar de la segunda fase, centrada en la individualización judicial de la pena en la sentencia (*infra* §§ 23 y 24).

## 2. Sistemas de determinación de la pena

Este proceso de individualización puede ser unas veces muy sencillo, otras muy complicado. Será muy simple cuando el precepto que se ha considerado infringido prevea solamente una pena única e indivisible. Sin embargo, en la actualidad resulta poco frecuente encontrarse un supuesto como

este. Lo normal es que la pena prevista sea divisible y esté acompañada además de otras. Por ello, el Juez debe realizar ese proceso de determinación que, en ocasiones, se deja a su libre arbitrio, pero que en otras debe obedecer a criterios legales más o menos estrictos.

En principio, por tanto, se podría hablar de **dos grandes sistemas de determinación de la pena**: por un lado, el sistema de arbitrio judicial, y por otro, el sistema de determinación legal de la pena.

El *sistema de arbitrio judicial* fue el que estuvo vigente durante el Antiguo Régimen. En él los jueces podían imponer las penas que les parecieran convenientes, lo cual produjo grandes abusos contra la libertad de los ciudadanos. Y aun en aquellos momentos en que el arbitrio se otorgó para sustraer a los reos de las penas que el pueblo rechazaba por su dureza, dicha facultad se empleó con frecuencia en defensa de intereses personales o de clase. Por ello, el movimiento reformista nacido de la Ilustración propugnó un sistema diametralmente opuesto: la supresión de la arbitrariedad de los jueces.

En este momento histórico, la teoría de la división de poderes y de la supremacía de la ley condujo a la exigencia de la completa sumisión del juez a la ley. El Juez era esclavo de la Ley y ésta debía establecer taxativamente la pena a imponer en cada caso para evitar que los individuos pudieran sufrir un rigor desigual, basado en motivaciones políticas o personales del juzgador. Este pensamiento encontró fiel reflejo en el CP francés de 1791 que establecía una cantidad exacta de pena para cada infracción, sin posibilidad de flexibilizarla.

Así nació el *sistema de determinación legal de la pena*. Sin embargo, pronto se observó que las fórmulas generales de la ley no eran capaces de abarcar el sinfín de aspectos y matices que se dan en cada supuesto concreto. Como es sabido, el principio de igualdad no significa únicamente tratar lo igual por igual, sino también tratar lo desigual de modo desigual. Tan injusto es tratar lo igual de modo desigual, como lo desigual por igual. Por ello, se buscó un sistema intermedio, equidistante entre el libre arbitrio y el estricto legalismo. Para conseguir este propósito el CP napoleónico de 1810 estableció para cada delito una pena comprendida entre un máximo y un mínimo, y luego permitía el arbitrio judicial dentro de ese marco legal. Este criterio sería el que luego se adoptaría por la inmensa mayoría de las legislaciones europeas.

La lógica evolución de este sistema determinó la introducción en los textos penales de escalas de penas, para facilitar el juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (atenuantes o agravantes), y la división de la pena en grados (mínimo, medio y máximo), para que el juez la aplicase en uno u otro según la concurrencia de circunstancias de uno u otro signo. La parte del CP que regulaba la dosimetría penal ha sido denominada por Ramiro RUEDA como la «parte artística del Código».

Conviene tener muy presente que el Derecho penal no es una disciplina matemática, que no puede alcanzar soluciones exactas, pues se mueve en una esfera de valoraciones. Solamente pueden alcanzarse resultados de aproximación. Por ésta y también por otras razones de mayor calado, surgió un importante movimiento de reacción frente al criterio tradicional de pre-determinación de la pena en la ley, defendiéndose por la Escuela Positiva italiana, y encontrando algún eco en países anglosajones y escandinavos, el sistema de la *sentencia indeterminada* [*supra* § 2.3.b)].

Con este sistema la duración de la pena se determina con posterioridad a la sentencia. La sanción se equipara así a un tratamiento médico o educador que debe durar todo el tiempo necesario, y cesará cuando el sujeto se encuentre corregido y socialmente recuperado, prolongándose mientras aquél represente un peligro para la sociedad.

El sistema de indeterminación de la pena presenta dos variedades:

- a) La *sentencia relativamente indeterminada* señala un máximo y un mínimo, sólo un máximo, o simplemente un mínimo. Antes del mínimo no es posible conceder la libertad al condenado; cumplido el máximo, el penado no puede ser retenido en el establecimiento penitenciario. En consecuencia, la facultad de aumentar o disminuir la pena solamente se ejerce entre ciertos límites, lo que otorga ciertas garantías al sujeto que la sufre. Sin embargo, este sistema, por lo que puede representar de atentado a los derechos individuales, ha suscitado las críticas de la doctrina.
- b) Mucha menor difusión ha alcanzado todavía el sistema de la *sentencia absolutamente indeterminada*. En este caso, el juez se limita a designar la clase de pena suprimiendo toda indicación sobre su duración. La determinación de la misma se convierte en una facultad

exclusiva de la Administración penitenciaria, con un riesgo todavía mayor para los derechos del penado.

### 3. Límites genéricos en la determinación de la pena

Toda individualización se encuentra inexorablemente sometida a dos tipos de limitaciones:

- a) Por un lado, se encuentran las garantías que se derivan del *principio de legalidad*. Según este principio la ley no puede abandonar totalmente la determinación de la clase y medida de la pena al juzgador o a la Administración penitenciaria. La garantía penal y de ejecución del principio de legalidad así lo impiden.
- b) La segunda limitación se deriva de la necesaria *colectivización de los medios* y de las técnicas de ejecución. Se trata de una limitación de tipo práctico, pues no resulta posible construir un establecimiento penitenciario para cada preso o grupo de presos. Ello ha supuesto que el tratamiento penitenciario, que tiene que ser individualizado, en la práctica no sea sino la adaptación de cada individuo al régimen general, de modo que puedan aprovecharse al máximo sus ventajas.

## § 23. El sistema de determinación de la pena del CP español

Decíamos que el sistema de determinación de la pena evolucionó de un arbitrio judicial absoluto a un determinismo legal relativo. Esta evolución determinó que en las legislaciones penales se introdujesen escalas de penas para facilitar el juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y determinó también la división de la pena en grados (mínimo, medio y máximo), para que el juez la aplicase en uno u otro grado según la concurrencia de atenuantes o agravantes.

Éste ha sido el modelo tradicional que ha regido en nuestro país, el cual, a grandes rasgos, se caracterizaba por las siguientes notas:

- Existencia de marcos penales muy amplios, si bien luego se reducía el arbitrio judicial por un rígido sistema de determinación de la pena.
- Sistema de determinación de la pena extraordinariamente complicado y a base de cálculos matemáticos muy exactos.
- Existencia de varias penas privativas de libertad, que si bien en un principio obedecieron a diversas modalidades de cumplimiento, en tiempos más recientes se distinguían únicamente por su duración: reclusión mayor, reclusión menor, prisión mayor, prisión menor, arresto mayor y arresto menor.

El CP vigente ha cambiado considerablemente este sistema de determinación de la pena, aunque se ajusta en gran medida al tradicional. En términos generales se puede decir, con GALLEGO DÍAZ, que el CP/1995 aporta, más que innovación en este punto, "simplificación, flexibilización y uniformidad"<sup>260</sup>. Así, por ejemplo, ya sólo hay una pena de prisión y las penas ahora se dividen en mitades.

La inmensa mayoría de las penas previstas en el CP se miden por su duración, salvo la multa proporcional. Así pues, las penas suelen tener un carácter temporal. La variación que pueden experimentar las penas en cuanto a su marco penal puede ser de tres tipos: o bien elevarlo, o bien disminuirlo, o bien reducirlo al dividirlo en mitades. La elevación y la disminución afectan al grado de la pena (superior e inferior); la reducción afecta tan sólo al marco de la pena.

Veamos a continuación cómo se realizan estas tres operaciones.

## 1. Cálculo de la pena superior o inferior en grado. Algunos problemas que suscita

1. La imposición de la **pena superior en grado** está prevista en la Parte General del CP en los siguientes supuestos:

- **art. 66.4<sup>a</sup>**: *conurrencia de 3 o más agravantes y ninguna atenuante* (mitad inferior de la pena superior en grado);

260. GALLEGO DÍAZ, «El sistema general de reglas para la aplicación de las penas del Código penal de 1995 y las últimas reformas», LH-Ruiz Antón (2004), 322.

- **art. 66.5<sup>a</sup>**: *conurrencia de la agravante de multirreincidencia* (superior en grado);
- **art. 74.1**: *delito continuado* (puede llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado); y
- **art. 74.2**: *delito patrimonial masa* (superior en uno o dos grados).

También está prevista en la Parte Especial, entre otros delitos, en las detenciones ilegales (**arts. 164 y 166**), amenazas (**art. 170**), prostitución (**art. 187**), tráfico de drogas (**art. 371**), etc.

La imposición de una **pena inferior en grado** está prevista, en la Parte General, en los siguientes preceptos:

- **art. 14.3**: *error vencible de prohibición* (inferior en uno o dos grados);
- **art. 62**: *tentativa* (inferior en uno o dos grados);
- **art. 63**: *complicidad* (inferior en grado);
- **art. 66.2<sup>a</sup>**: *conurrencia de dos o más atenuantes o una o varias muy cualificadas y no concurra ninguna agravante* (inferior en uno o dos grados);
- **art. 66.7<sup>a</sup>**: *compensación de atenuantes y agravantes cuando persista el fundamento de la atenuación* (inferior en un grado); y
- **art. 68**: *conurrencia de una eximente incompleta* (inferior en uno o dos grados).

Y en la Parte Especial también está prevista, por ejemplo, en los **arts. 141 y 151** (provocación, conspiración o proposición para la comisión de homicidio, asesinato o lesiones dolosas), **143** (eutanasia), **155** (lesiones consentidas), **163.2** (tipo atenuado de detenciones ilegales), **168** (provocación, conspiración o proposición para la comisión del delito de detenciones ilegales), **242.3** (robo con violencia o intimidación atendiendo a la menor entidad de la violencia o la intimidación ejercidas), **340** (delitos contra la ordenación del territorio y a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, cuando el culpable hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado), entre otros.

2. El **cálculo de la pena superior o inferior en grado** se encuentra regulado en el **art. 70.1 CP**. Según este precepto, «la pena superior o inferior en grado a la prevista por la Ley para cualquier delito tendrá la extensión resultante de la aplicación de las siguientes reglas:

- 1.<sup>a</sup> La pena superior en grado se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la Ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo. El límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.
- 2.<sup>a</sup> La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada por la Ley para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer».

Este precepto ha sido modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Con la anterior regulación, según se puso de relieve por parte de la doctrina, se producía un solapamiento de los marcos penales entre el inicial y el superior o el inferior en grado<sup>261</sup>. Para evitar este solapamiento la reforma ha previsto que se añada o se reste un día al límite mínimo de la pena superior en grado o al límite máximo de la pena inferior en grado, respectivamente. De este modo, si el marco penal inicial es, por ejemplo, de 6 a 12 meses de multa, la pena superior en grado sería de 12 meses y un día a 18 meses, y la inferior en grado de 3 a 5 meses y 29 días.

3. Esta regla de la determinación de la pena superior o inferior, que obliga a sumar o restar un día, no resuelve todos los problemas a la hora de fijar los límites. En particular, se presenta alguna dificultad cuando los límites del marco penal son *cifras impares*, ya que hay que dividir esa cifra por dos y luego sumársela o restársela, lo cual puede significar que nos den cifras con decimales. Por ejemplo, en el delito de uso de terminal de tele-

261. Véase, por todos, BOLDOVA PASAMAR, «El problema del solapamiento de los límites de las penas en el Código penal. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero y 9 de febrero de 1998, nos 1171/1997 y 152/1998», RDPC 4 (1999), 755 ss.

comunicaciones sin consentimiento de su dueño del art. 256 CP, que tiene una pena de multa de 3 a 6 meses, ¿cuál sería el límite mínimo de la pena inferior en dos grados? Habría que realizar dos operaciones<sup>262</sup>: 1ª) inferior en un grado: de un mes y 15 días (=45 días) a dos meses y veintinueve días; 2ª) inferior en dos grados: ¿22 días y medio? a 44 días. Lo mismo podría suceder en otros supuestos al calcular una pena superior en grado.

4. Para evitar estos inconvenientes a la hora de determinar la pena superior e inferior en grado el art. 70.2 CP (también introducido por la LO 15/2003), ha aclarado, además, que «el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o de menos, según los casos».

Sin embargo, como veremos más adelante en el apartado correspondiente a la división interna en mitades, estas aclaraciones no parece que eviten todos los problemas que se producían antes, ni tampoco queda suficientemente claro su funcionamiento (*infra* § 23.2).

Siguiendo con el ejemplo propuesto del delito de uso de terminal de telecomunicaciones sin consentimiento de su dueño del art. 256 CP, el límite mínimo de la pena inferior en dos grados sería de 22 días, puesto que el medio día sobrante actuaría en este caso «de menos». Si siguiésemos descendiendo en grados, la pena inferior en tres grados sería de 11 a 21 días, y en cuatro grados, de 5 a 10 días.

5. Estos ejemplos que hemos barajado estaban referidos a la pena de multa, que dentro de lo que cabe, puesto que los meses y los años son múltiplos de 30 (art. 50.4 CP), plantea menos problemas que otras penas. En cambio, en la pena de prisión estos problemas se pueden incrementar, puesto que no está prevista una disposición, semejante a lo que se ha hecho para la pena de multa, que establezca el cómputo del cumplimiento de las penas privativas de libertad (*supra* § 9.6). Habrá que esperar a ver cómo

262. Rectifico de este modo lo que había sugerido en otro lugar (LL 2003-2, 1388) de realizar una única operación dividiendo el límite (mínimo o máximo, según que se reduzca o aumente en grado la pena) por 2 elevado al número de grados que se pretende reducir o aumentar la pena. Tiene razón BOLDOVA PASAMAR cuando observa que este proceder no se corresponde con la actual regulación (en *Lecciones*<sup>3</sup>, 230 n. 20).

actúan los Tribunales en la práctica, pero será probable que los años los dividan en 12 meses y los meses en 30 días.

6. El **art. 70.3 CP** contiene una previsión legal, que ha sido modificada también por la LO 15/2003, para cuando por la aplicación de las reglas de determinación de la pena superior en grado se supere el límite máximo de duración de la correspondiente clase de pena. Ya hemos visto en Capítulos anteriores, al tratar las diferentes clases de pena, estas excepciones. Ahora simplemente recordemos cuáles son estos otros límites:

- 1º. Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta años.
- 2º. Si fuera de inhabilitación absoluta o especial, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.
- 3º. Si fuera de suspensión de empleo o cargo público, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de ocho años.
- 4º. Tratándose de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de quince años.
- 5º. Tratándose de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinte años.
- 6º. Tratándose de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinte años<sup>263</sup>.
- 7º. Tratándose de prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinte años.

---

263. La LO 15/2003 ha introducido *ex novo* ésta y las dos siguientes reglas. No es cierto, aunque a simple vista pudiera parecerlo, que estas tres prohibiciones sólo se hayan previsto como penas accesorias. La primera de ellas se ha contemplado como pena principal, aunque con un alcance muy limitado y además con carácter facultativo [*supra* § 16.3.e).i.]. Sin embargo, aun en este supuesto (arts. 557.2 y 558), la pena superior en grado no alcanzaría los 20 años que se han fijado ahora como límite máximo, con lo cual parece que tiene poco sentido estas tres reglas.

- 8º. Tratándose de prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinte años.
- 9º. Si fuera de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta meses.

Las novedades que ha introducido la LO 15/2003 en este precepto contrastan con la ausencia de una regla similar para la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Esta omisión tenía su explicación antes de la reforma de 2003, porque solamente había sido prevista como pena sustitutiva de un arresto de fin de semana o de una responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Ahora que se ha contemplado también la posibilidad de imponerla como pena principal, no tiene sentido que se haya omitido una regla de este tipo también para ella. No obstante, la omisión puede que no sea tan grave, puesto que será difícil que por la aplicación de las reglas de determinación de la pena superior en grado, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad llegue a superar el año de duración que está previsto como límite máximo en el art. 40.4 CP. De todas formas, de cara a posibles reformas futuras no hubiese estado de más haber previsto también una disposición semejante también para los trabajos en beneficio de la comunidad.

7. En el número anterior se ha examinado qué es lo que sucede cuando por la aplicación de las reglas de determinación de la pena superior en grado se sobrepasa el límite máximo legalmente previsto para esa clase de pena. Ahora corresponde preguntarse ¿qué es lo que sucede si por la aplicación de las reglas de determinación de la pena inferior en grado resulta que la pena queda por debajo del mínimo legalmente previsto para dicha pena? En este caso, a tenor de lo dispuesto en el **art. 71.1 CP**, «los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga la degradación a falta».

No obstante, si la pena fuese de prisión y ésta resultase inferior a tres meses, «será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección

2ª del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda» (art. 71.2 CP)<sup>264</sup>.

## 2. División interna de la pena en mitades

El CP/1995 establece un nuevo sistema de determinación de la pena consistente en dividir la duración de ésta en dos partes iguales, llamadas mitad superior y mitad inferior. Con este nuevo procedimiento de configuración del marco interno de cada pena, por una parte, se ha simplificado sensiblemente el criterio anteriormente vigente, que dividía la pena en tres grados (mínimo, medio y máximo), pero por otra parte, se ha aumentado *in abstracto* el arbitrio judicial, puesto que ahora los fragmentos en que se dividen las penas son más extensos.

En principio, la división en dos mitades de una pena no debería presentar más dificultad que la operación aritmética de dividir el marco penal por dos. Sin embargo, el problema se plantea cuando la pena tiene una cuantía impar. La cuestión estriba en qué hacer con ese medio día. En la doctrina y en la jurisprudencia se discutía acerca de la solución más adecuada en estos casos, habiéndose barajado tres posibles soluciones: una, que las penas fuesen solapadas o tangenciales, de tal modo que el día que queda en medio y que habría que dividir en dos perteneciese tanto a la mitad inferior como a la mitad superior; otra, que propugnaba establecer dos segmentos de duración desigual, asignándose ese día o bien a la mitad inferior o bien a la mitad superior; y por último, sería posible también pensar en prescindir del punto intermedio. Cada una de estas soluciones tiene sus inconvenientes, pero ello no impidió que antes se propugnase mayoritariamente como

264. Este precepto ha sido modificado por la LO 15/2003, en correspondencia con la reducción del límite mínimo de la pena de prisión que esta ley ha llevado a cabo. Antes era de 6 meses, ahora ha pasado a ser de 3 meses.

Esta ley también ha añadido la coetilla final del apart. 1 del art. 71 CP («sin que ello suponga la degradación a falta»). De este modo queda excluida legalmente la posibilidad de que a través de sucesivas rebajas en grado en función de la ejecución, de la participación o de las circunstancias modificativas de la responsabilidad que concurran, pueda llegar a considerarse como simple falta lo que nunca ha dejado de ser una intervención en un delito (grave o menos grave).

“menos mala” la primera de estas soluciones, ni tampoco que la LO 15/2003 haya optado por la última, que prescinde del punto intermedio.

Para evitar los inconvenientes que se producían a la hora de determinar la mitad inferior y la mitad superior la reforma de 2003 ha aclarado, en el **art. 70.2 CP**, que «el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o de menos, según los casos», pues estas consideraciones, que han sido previstas para el cálculo de la pena superior e inferior en grado, son extensivas también «a los efectos de determinar la mitad superior e inferior de la pena».

Sin embargo, estas disposiciones no parece que eviten todos los problemas de solapamiento que se producían antes, ni tampoco queda suficientemente claro su funcionamiento. Parece que este precepto considera que si hay algún resto en el cálculo de la mitad de la pena, en el caso de la inferior no se contaría, mientras que en el caso de la mitad superior, la porción restante se sumaría.

Siguiendo con el ejemplo que habíamos propuesto del delito de uso de terminal de telecomunicaciones sin consentimiento de su dueño del art. 256 CP, la multa en él prevista tiene una duración de 6 a 12 meses, es decir, un marco penal de 181 días (no de 180 días, porque los extremos forman parte de dicho marco y hay que contarlos). Si dividimos este marco penal en dos, cada mitad sería de 90 días y medio. Pues bien, parece que el art. 70.2 CP establece que ese medio día «actuaría de menos» en la mitad inferior, esto es, daría lugar a una multa de 6 meses a 8 meses y 29 días (= 90 días); y «de más» en la mitad superior, esto es, 9 meses y un día a 12 meses (= 90 días). La posibilidad de imponer un medio día se encuentra vetada por el propio art. 70.2 CP, que obliga a considerar el día o el día multa como «indivisibles».

Esta regulación introducida por la LO 15/2003 ha supuesto una mejora en algunos aspectos (evitar el solapamiento en el cálculo de las penas superiores e inferiores en grado). Sin embargo, no dejan de plantearse algunos inconvenientes en el cálculo de las mitades. En el último ejemplo que hemos puesto, esto se hace palpable. Es cierto que, por un lado, hemos conseguido calcular dos mitades exactas, pero, por otro, no es menos cierto que ello ha sido a costa de que cuando el marco penal tiene una cifra impar resulte imposible imponer el punto medio exacto. El punto medio sólo se podría imponer cuando se pudiese recorrer todo el marco penal, pero no

cuando haya que proceder a dividir un marco penal impar en mitades. La obtención de dos mitades exactas ha sido a costa de renunciar a poder imponer el punto medio del marco penal.

Obviamente, en los supuestos en los que se prevé una extensión par de la pena no aparece esta clase de problemas, siendo perfectamente posible dividir la pena en dos mitades iguales. Es el caso, por ejemplo, del hurto de uso de vehículos a motor del art. 244.1 (pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de 6 a 12 meses). Los trabajos en beneficio de la comunidad tienen un marco penal de 60 días, no en cambio la multa, que tiene un marco de 181 días, como en el ejemplo anterior. La mitad inferior de esta pena sería de 31 a 60 jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad o bien multa de 6 a 8 meses y 29 días de multa.

### 3. Motivación del grado y de la extensión de la pena impuesta

La Secc. 1ª del Cap. II del Tít. III del Lib. I del CP, sobre «las reglas generales para la aplicación de las penas», finaliza con una disposición en la que recuerda la obligación constitucional (art. 120.3 CE) de que los órganos judiciales motiven sus decisiones<sup>265</sup>. Concretada esta obligación en el campo de la determinación de la pena significa que «los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta» (**art. 72**).

El art. 72 CP ha sido modificado por la LO 15/2003<sup>266</sup>. Este precepto preveía antes la posibilidad de aplicar analógicamente las disposiciones

265. Sobre la motivación de la resolución judicial en este punto, véanse, por todos, BOIX REIG, «La motivación de la individualización de la pena», *CDJ* 1992 t. XIII, 181 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, «El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena», *PJ* 18 (1990), 133 ss.

266. Sobre la nueva redacción de este precepto, véase, entre otros, LANDROVE DÍAZ, «La exigencia de motivación en la individualización judicial de la pena», *LL* 2004-3, 1939 ss.

sobre la determinación de la extensión de la pena a aquellos casos en los que la misma no tuviese una de las formas previstas especialmente en este Título. Este era uno de los pocos casos en los que estaba admitida la analogía en el ámbito penal.

Esta disposición podía tener más sentido en el ACP en que se establecía un sistema de escalas y de grados en la determinación de la pena, y que permitió a la jurisprudencia dividir gradualmente combinaciones penales, como por ejemplo, conseguir tres grados pertenecientes a dos penas distintas (grado máximo del arresto mayor y mínimo y medio de la prisión menor, que era la pena del tráfico ilegal de drogas); o dividir en tres partes la pena estuviese fijada en relación a un grado concreto de una pena (reclusión mayor en grado máximo, que era la pena del asesinato).

En el CP vigente, en cambio, puesto que se ha sustituido el sistema de escalas por el de la división en mitades, no parece que sea ya necesaria una disposición como esa. Aunque en el la Parte Especial se hable de penas en su mitad superior/inferior o de penas en grado superior/inferior, no dejan de ser penas cuya duración se encuentra limitada entre un máximo y un mínimo fijos.

De todas formas, aquella disposición relativa a la analogía podía tener un pequeño campo de aplicación, como era el de aquellos casos en los que no se había previsto un límite máximo corregido para el caso de que en virtud de la imposición de una pena superior en grado se llegase a superar el límite máximo general de dicha clase de pena. Esto sucedía, por ejemplo, con la pena de suspensión, para la cual no se había previsto ningún límite máximo adicional en el caso de que al aumentar en grado la misma se superase el límite general de 6 años de duración. Para este supuesto se sugirió aplicar analógicamente el aumento que experimentaban en los límites máximos las inhabilitaciones (*supra* § 15.3).

Actualmente, esta operación ya no resulta necesaria porque se ha previsto expresamente este límite para la suspensión (art. 70.3.3º CP). No obstante, pudiera tener algún sentido todavía para la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que no tiene fijado ese límite máximo (*supra* § 17.4).

## § 24. Determinación del marco penal

El CP parte de la determinación de un **marco penal inicial** para cada uno de los delitos y faltas previstos en los Libro II y III. Tales marcos penales se prevén para los delitos consumados cometidos por sus autores, según lo dispuesto en el **art. 61 CP**. La determinación del marco penal correspondiente a la tentativa, a la codefincuencia, a los concursos, a las eximentes incompletas y a las atenuantes cualificadas vienen a constituir el **marco penal del hecho**. Sin embargo, la determinación legal de la pena no se detiene en la fijación del marco penal del hecho, sino que comprende, además, la concreción de dicho marco, señalando la extensión en la que debe imponerse, fijándose así un **marco penal concreto**. Ello presupone la técnica de división de la pena en partes, que acabamos de explicar. El CP/1995 distingue solamente dos partes: la mitad superior y la mitad inferior de la pena correspondiente al marco penal del hecho. Que el juzgador pueda moverse dentro de toda la extensión del marco penal del hecho o sólo dentro de su mitad superior o de su mitad inferior, depende de la concurrencia o ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, esto es, de la concurrencia o ausencia de atenuantes y de agravantes.

Hay que tener en cuenta que se puede producir una **equivalencia** entre el marco penal del hecho y el marco penal concreto, y que, por tanto, el Juez no estaría obligado a practicar ninguna operación de reducción de sus límites (mitad superior o mitad inferior), en las siguientes situaciones:

- a) Cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes (art. 66.1.6ª).
- b) Cuando concurren conjuntamente atenuantes y agravantes y se compensen (art. 66.1.7ª).
- c) Cuando se aplique una pena inferior en más de un grado (art. 66.1.8ª), como puede acontecer, por ejemplo, en la tentativa, en el error de prohibición vencible, o cuando concurren dos o más atenuantes o una muy cualificada (art. 66.1.2ª), así como en el caso de una eximente incompleta (art. 68).
- d) En los delitos imprudentes (art. 66.2)

- e) En la multa proporcional el Juez tampoco está obligado a practicar ninguna reducción del marco penal (art. 52.2).
- f) En el caso del delito patrimonial masa (art. 74.2).
- g) Por último, en las faltas (art. 638).

El marco penal concreto estrecha aún más los límites mínimo y máximo entre los cuales acabará situándose la pena final. La fase final de la determinación de la pena es la **individualización judicial de la pena**, que actúa sobre el marco penal concreto previamente determinado, y en ella rige la libertad del Juez para escoger como pena final cualquiera de aquéllas que se encuentre entre la cifra máxima y mínima de dicho marco, ambas inclusive.

Suele distinguirse también entre una fase de **determinación judicial de la pena en sentido estricto**, que consiste en la determinación de la pena final; y una fase de **determinación judicial de la pena en sentido amplio**, en la que el juez decide si la pena puede ser suspendida o sustituida. Estas formas sustitutivas de la ejecución de las penas ya han sido explicadas en otro momento (*supra* § 13), por lo que aquí nos limitaremos a hablar de la determinación judicial de la pena en sentido estricto.

## 1. Determinación de la pena en atención al grado de ejecución del delito

Como decíamos, cuando el legislador tipifica una conducta y fija una pena, ésta se entiende impuesta al sujeto responsable en concepto de autor de una infracción consumada. Así lo dispone el **art. 61 CP**: «Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada». Aquí se incluirían no sólo los autores en sentido estricto, es decir, las personas a las que se refiere el párr. 1º del art. 28 CP (autores directos, coautores y autores mediatos), sino que también se incluyen otros intervinientes en el delito que no son autores en sentido estricto, sino que se equiparan a ellos, como son las personas referidas en el párr. 2º del art. 28 CP (inductores y cooperadores necesarios).

De lo dispuesto en el art. 61 CP se desprende que sólo mediante la introducción de cláusulas extensivas de la responsabilidad criminal podrá imponerse una pena a otros intervinientes en el delito que no sean autores

y a fases del *iter criminis* anteriores a la consumación. Estas disposiciones pueden ubicarse tanto en la Parte General como en la Parte Especial y el CP contiene ejemplos de ambos tipos. Así, las disposiciones relativas a la tentativa y a la complicidad se contienen en la Parte General (arts. 62 y 63), mientras que la pena correspondiente a los actos preparatorios punibles se encuentra recogida en diversos preceptos de la Parte Especial, como por ejemplo, entre otros, en los arts. 141 y 151, en los que, por cierto, se señala la misma pena que para la tentativa, lo cual es criticable.

Por lo que se refiere a la determinación de la pena en el caso de la **tentativa**, si la ley establece la pena pensando en el delito consumado, la tentativa del mismo, salvo que se siguiese una concepción estrictamente subjetiva del injusto, debe tener asignada una pena inferior. El CP sanciona la tentativa con pena inferior a la consumación. A tenor de lo dispuesto en el **art. 62 CP**, «a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado».

No vamos a explicar ahora el concepto de tentativa, pues no es éste el objeto de este libro, pero sí conviene recordar dos notas importantes que pueden incidir en la determinación de la pena. Por un lado, hay que tener presente la objetivización que ha experimentado la configuración de la tentativa, lo cual se ha plasmado en dos referencias. Una alude al propio concepto, al producirse la tentativa cuando el sujeto practica todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado. Otra se refiere al criterio para la fijación de la pena que atiende al *peligro inherente al intento*. Y por otro lado, conviene recordar la unificación que se ha producido entre tentativa y frustración, lo cual influye en la pena imponible a las formas imperfectas de ejecución. Como es sabido, en el ACP la frustración se castigaba con la pena inferior en un grado, mientras que la tentativa con una pena inferior en uno o en dos grados. Ahora, la frustración también podría dar lugar a una disminución de la pena en dos grados por su exigua peligrosidad.

«A los autores de tentativa de delito –dice el **art. 62 CP**– se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados». El descenso a la pena inmediatamente inferior es de carácter preceptivo, de modo que el Juez o Tribunal está obligado a practicarla. En cambio, el descenso a la pena inferior en

dos grados tiene carácter potestativo. Sin embargo, esta decisión no queda a la libre decisión del órgano judicial, sino que el art. 62 CP ha establecido dos criterios a los que se debe atender: el peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

Una vez que el órgano judicial haya acordado el descenso a la pena inferior en uno o en dos grados, ¿podrá recorrer libremente la extensión de la pena degradada o, por el contrario, deberá fijar su cuantía conforme a las reglas contenidas en el art. 66? En este punto se ha producido un cambio muy significativo con la aprobación de la LO 11/2003, de 29 de septiembre<sup>267</sup>. Por medio de esta reforma ha terminado por prevalecer aquella interpretación en función de la cual se propugnaba trasladar a este punto la opinión que la jurisprudencia sostenía en relación con las eximentes incompletas: si el juez opta por reducir la pena en un solo grado, son aplicables las reglas relativas a las circunstancias; pero si elige bajar dos grados, entonces no tiene por qué sujetarse a dichas reglas. El **art. 66.1 regla 8ª CP** dispone que «cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión». *A sensu contrario*, si solo bajan en un grado, habrá que entender que rigen las otras reglas del art. 66 CP.

De todas formas, hay que tener en cuenta que cuando la tentativa se halle especialmente prevista por la ley, a tenor de lo dispuesto en el **art. 64 CP**, «no será de aplicación» el art. 62, como sucede, por ejemplo, en el cohecho (art. 423). De ello cabe deducir que no es punible la tentativa de la tentativa, ya que en estos casos no podrá aplicarse lo dispuesto en el art. 62.

267. Antes doctrina y jurisprudencia se encontraban divididas en cuanto a cómo interpretar la expresión del art. 62 CP se impondrá «en la extensión que estime adecuada». Se habían barajado varias interpretaciones: así, mientras que unos (por ejemplo, BOLDOVA PASAMAR, SUÁREZ GONZÁLEZ) predicaban la compatibilidad entre el art. 62 y el 66, otros (por ejemplo, LLORCA ORTEGA) propugnaban trasladar a este punto una interpretación análoga a la sostenida por la jurisprudencia en relación con el art. 66 ACP: si el juez opta por reducir la pena en un solo grado, son aplicables las reglas relativas a las circunstancias; pero si elige bajar dos grados, entonces no tiene por qué sujetarse a dichas reglas. Incluso también se había apuntado otra solución más (patrocinada, entre otros, por OBREGÓN GARCÍA y LUZÓN CUESTA), según la cual el art. 62 CP sería compatible con aquellas reglas que prevén una atenuación extraordinaria de responsabilidad (art. 66.4ª CP), pero no con las tres primeras reglas del art. 66.

## 2. Determinación de la pena en la codelincuencia

Si cuando la ley establece una pena se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada (art. 61), para poder sancionar a otros codelincuentes que no sean autores será preciso prever alguna disposición que extienda la punibilidad a las conductas de participación en el delito del autor. Ahora bien, dado que el Código considera autores también a los inductores y a los cooperadores necesarios, los únicos comportamientos de participación a los que cabe referirse entonces, suprimida ya la configuración del encubrimiento como forma de participación, sería la complicidad. Pues bien, según el **art. 63 CP**, «a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito».

La reducción de pena en estos casos tiene carácter preceptivo, por lo que al cómplice de un delito consumado se le impondrá la pena inferior en un grado, y al cómplice en un delito intentado se le castigará con la pena inferior en dos o tres grados a la señalada al autor de la infracción consumada.

De igual modo que para la tentativa, el **art. 64 CP** comprende también la complicidad, así que no será de aplicación el art. 63 cuando la complicidad «se halle especialmente penada por la ley», como sucede, por ejemplo, en el depósito de armas (art. 568 CP). De ello cabe deducir que no es punible la complicidad de la complicidad, ya que en estos casos no podrá aplicarse lo dispuesto en el art. 63.

## 3. Determinación de la pena en los concursos

En la Secc. 2ª del Cap. II del Tít. III del Lib. I se contienen lo que el Código denomina «Reglas especiales para la aplicación de las penas», que no son otra cosa que preceptos que regulan la determinación de la pena en caso de concurso de delitos. Los arts. 73, 75, 76 y 78 CP regulan el concurso real de delitos; el art. 74 CP se ocupa del delito continuado y del delito masa; el art. 77 CP trata el concurso ideal y el concurso medial de delitos; y el art. 79 se ocupa de la concurrencia de penas principales y accesorias.

No debe confundirse el concurso de delitos con el denominado concurso aparente de leyes penales, regulado en el art. 8 CP. El concurso de leyes

en realidad se trata de un problema de interpretación de la ley penal. Se habla de **concurso de leyes** cuando uno o varios hechos son subsumibles en varios preceptos penales de los que *sólo uno se aplica*, pues éste excluye la aplicación de los demás. Basta con la toma en consideración del precepto prevalente para colmar el contenido desvalorativo del supuesto concreto. En cambio, en el **concurso de delitos** el “injusto jurídico” no se agota con la aplicación de una sola norma y por esa razón *se aplican varias*.

En realidad, hay que decir que estas reglas especiales para la aplicación de las penas contemplan, aunque de modo entremezclado, lo relativo a los presupuestos del concurso de delitos y lo relativo al concurso de penas. En la doctrina se pueden apreciar tres líneas argumentales al respecto:

- 1) La *teoría del tipo*, según la cual el concurso de delitos encuentra su correcta posición sistemática dentro de la teoría general del delito. Se trata de ver cuál de los posibles tipos penales resulta más apropiado, con lo que no estaríamos ante un concurso de penas, sino más bien ante un verdadero concurso de delitos.
- 2) La *teoría de la pena*, según la cual el concurso de delitos no sería sino un problema de determinación de la sanción aplicable.
- 3) Unas *teorías mixtas*, las cuales tienen en común considerar el concurso de delitos como un puente entre la teoría del delito y de la pena; y en la cual se podrían distinguir dos partes: la materia propia del concurso de delitos, en donde se estudian, dentro de la teoría jurídica del delito, los presupuestos del mismo, y la materia propia de las consecuencias penales del concurso de delitos, que se estudiaría dentro de la teoría de la pena, generalmente, dentro de las reglas para su aplicación. Esta última posición es la mayoritaria en nuestro país, y la que nosotros vamos a seguir. Por tanto, vamos a obviar aquellos aspectos que se corresponden más con la teoría del delito que con la teoría de la pena, como pueda ser, por ejemplo, la distinción entre unidad y pluralidad de acción<sup>268</sup>.

268. Sobre todas estas cuestiones, véanse, por todos, los trabajos de SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Ed. Universidad de Valladolid, 1986; «Concurso de delitos y pluralidad de procesos», en *Revista Jurídica de Asturias* 18 (1994), 31 ss.; «El concurso de delitos en la reforma penal», *CDJ* 1995 t. II,

Nos centraremos en lo que podríamos denominar las reglas punitivas del concurso de delitos, y para ello dividiremos nuestra exposición en tres apartados: a) Concurso real; b) Delito continuado y delito masa; y c) Concurso ideal y concurso medial.

### a) *Concurso real (pluralidad de acciones y pluralidad de delitos)*

1. El concurso real tiene lugar, como es sabido, cuando una pluralidad de acciones comporta una pluralidad de delitos (si son de la misma clase se habla de concurso homogéneo; y si son diversos de concurso heterogéneo). El principio general que rige en estos casos es el de la **acumulación material o aritmética** de las penas que corresponden a las diversas infracciones (ya sean delitos o faltas). Rige, por tanto, en estos casos un estricto criterio de justicia según el cual *quot delicta, tot pœnæ* (a cada delito su pena). Sin embargo, hay que llamar la atención ya desde un principio que una aplicación estricta de esta regla puede conducir en algunos supuestos a penas injustas y de cumplimiento imposible (por ejemplo, penas de más de 100 años). Por ello se han establecido, como veremos después, una serie de límites, previstos en el art. 76 CP, que restringen el criterio de la acumulación material.

Cuando a un condenado se le imponen varias penas pueden suceder dos cosas: que el cumplimiento de todas ellas pueda ser simultáneo o que no. Si no fuera posible su cumplimiento simultáneo, deberá entonces procederse a cumplirlas de modo sucesivo.

El principio básico de acumulación material se encuentra recogido en el **art. 73 CP**, que además parte de que las penas se cumplan, si es posible, simultáneamente. Según el art. 73 CP, «al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la na-

---

189 ss.; «Concurso de delitos. Criterios y problemas», en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Ed. UPV, San Sebastián, 1998, 79 ss.; «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», LH-Torío López (1999), 505 ss.

turaleza y efectos de las mismas». Sin embargo, «cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado –dispone el **art. 75 CP**–, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento, en cuanto sea posible».

Por tanto, la acumulación material se puede producir de dos maneras distintas: o bien *simultáneamente*, o bien *sucesivamente*, dependiendo de que según la naturaleza y efectos de las sanciones se puedan o no cumplir al mismo tiempo.

Pues bien, en un caso de concurso real de delitos lo primero que habrá que concretar es si todas las penas impuestas se pueden cumplir simultáneamente. En principio, será posible el cumplimiento simultáneo de penas heterogéneas, pero también lo será el de penas que aunque tengan la misma naturaleza, sin embargo, el contenido de alguna de ellas no se convierta en papel mojado por el cumplimiento de la otra a la vez. A este respecto cabe plantearse diversas hipótesis:

- a) Las penas privativas de libertad, cualquiera que sea su clase (prisión, arresto de fin de semana, localización permanente o responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa), al tener la misma naturaleza y efectos, no son susceptibles de cumplirse simultáneamente ni consigo mismas ni unas con otras. Tendrán, por tanto, que cumplirse sucesivamente.
- b) Las penas privativas de libertad pueden ser compatibles con algunas penas privativas de derechos, como por ejemplo, con la inhabilitación absoluta, las inhabilitaciones especiales y la suspensión de empleo o cargo público. En general se puede decir que cabe la compatibilidad, salvo que su naturaleza lo impida, como sucede, por ejemplo, con las penas privativas de libertad y los trabajos en beneficio de la comunidad, que, por tanto, deberán cumplirse sucesivamente. Existen dudas acerca de la compatibilidad entre las privativas de libertad (a excepción del arresto de fin de semana, que es una pena de ejecución discontinua, y la localización permanente, que también puede serlo) y otras privativas de derechos, como la de privación del derecho de conducir, del derecho a la tenencia y porte de armas y del derecho a residir en o de acudir a determinados

lugares. Sin embargo, en la realidad estas penas serían compatibles con la prisión cuando el condenado disfrutase de permisos de salida, del régimen abierto o de la libertad condicional. El TS en alguna sentencia (por ejemplo, STS 13 marzo 2004) y la LO 15/2003, que reforma el art. 57 CP, han considerado que son de cumplimiento simultáneo la pena de prisión y las prohibiciones del art. 48 CP [*supra* § 16.3.e).ii.α)].

- c) En cuanto a las penas privativas de derechos, no pueden ser acumuladas consigo mismas a la vez varias penas de la misma clase, pero sí pueden llegar a serlo unas con otras en atención a la diversidad de sus efectos. Por ejemplo, una inhabilitación especial con la privación del derecho de conducir.
- d) Finalmente, la pena de multa puede cumplirse simultáneamente tanto con las penas privativas de libertad de prisión, de arresto de fin de semana y de localización permanente (por definición no cabrá en este supuesto la responsabilidad personal subsidiaria), como con las demás penas privativas de derechos. Al introducirse con el CP/1995 el sistema de días-multa y adquirir esta pena una cierta dimensión temporal, se plantean dudas sobre si es posible extinguir varias multas al mismo tiempo. Si se cumpliesen varias multas a la vez el importe de la cuota diaria, que se calcula en función de las circunstancias económicas del reo, sería muy superior al que le debería corresponder. Además, al acumular varias multas podría suceder que se superase el límite de 400 €/cuota diaria que fija el art. 50.4 CP como máximo. No habría, en cambio, problema en combinar varias multas proporcionales.

2. Si la acumulación simultánea no fuera posible, según el art. 75, se procederá a la **acumulación sucesiva** de las penas, que, en principio, se cumplirán por orden de su respectiva gravedad.

El problema que se plantea, entonces, es qué criterio hay que seguir para determinar la gravedad de las penas. La cuestión no admite duda cuando se trata de penas de la misma clase y del mismo tipo, pues se estará a su duración; en cambio, cuando son de distinto tipo dentro de la misma clase, o bien de distinta clase, se suscita la cuestión del orden de cumplimiento.

El CP vigente no contiene, como hacía el ACP, una escala específica (art. 70.1ª) que aclaraba el orden de cumplimiento. El vigente texto legal lo único que contiene es una clasificación de las penas en función de su gravedad contenida en el art. 33 CP. Esta ausencia de una regla específica acerca del orden de cumplimiento puede plantear algún problema, porque si bien antes no existía duda de que las penas privativas de libertad se cumplían primero que las demás, ahora, conforme a la clasificación que hace el art. 33 en graves, menos graves y leves, podría suceder que se cumpliera antes una pena privativa de derechos (grave) que una pena de prisión (menos grave). Es más, si se siguiese estrictamente el criterio clasificatorio del art. 33, podría resultar contraproducente desde el punto de vista del tratamiento penitenciario del delincuente. No tendría sentido que primero se cumpliera una prisión de 6 años, por ejemplo. Luego se le obligase a cumplir una privación del derecho a conducir vehículos a motor por 10 años (si es que no se admite la posibilidad de cumplir esta pena simultáneamente con la prisión). Y finalmente volver a obligarle a que cumpla una prisión de 6 meses, por ejemplo. Lo lógico sería que primero cumpliera de modo seguido los 6 años y 6 meses de prisión, y luego la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor.

A mi juicio, el criterio para determinar el orden de cumplimiento debe atender primero a la naturaleza del derecho restringido por la pena y luego a la duración de la misma. Este criterio podrá coincidir con la clasificación del art. 33 CP, pero no siempre.

3. El criterio de la acumulación material, si se aplica en términos absolutos, puede dar lugar a unas penas excesivamente severas, y que no se corresponderían adecuadamente con los fines de la pena. Ni tan siquiera desde el punto de vista de la retribución, que es desde el que podría estar más justificado el criterio de la acumulación material, sería admisible en términos radicales, porque podría suceder, por ejemplo, que un vulgar rate-ro convicto y confeso de haber cometido en diversos momentos hurtos de escasa cuantía, podría llegar a ser condenado a una pena total de muchos años de prisión, superior incluso a la de un asesino o a la de un violador. Además, también en los delitos graves deben existir ciertos límites, pues de lo contrario llegaríamos a aplicar penas de cientos de años de prisión,

penas inhumanas y totalmente desproporcionadas, y que no se correspondieran con la orientación resocializadora que deben tener las penas privativas de libertad.

Por estos y otros motivos<sup>269</sup> se han introducido una serie de *límites* en la aplicación del criterio de acumulación material, recogidos en el art. 76.1 CP (antes en el art. 70 regla 2ª ACP)<sup>270</sup>.

**Art. 76.1 CP:** No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo del cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

- a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta 20 años.

269. Se han ofrecido diversos argumentos para fundamentar los límites del criterio de la acumulación material. Así, siguiendo a SANZ MORÁN, se podrían traer a colación los siguientes:

- a) Argumento de la progresión geométrica: Mediante una adición de todas las penas, la intensidad de la pena total no crece en progresión aritmética, sino geométrica (MITTERMAIER). O como decía GROIZARD, las penas, al ser acumuladas, no crecen en proporción al tiempo que suman, sino en aterradora proporción al tiempo que resta del total de vida.
- b) Argumento basado en la ineficacia o imposibilidad práctica de la acumulación: En virtud de la limitación de la vida humana, en muchos casos, no podrían llegarse a cumplir todas las penas impuestas por fallecimiento del condenado.
- c) Argumento del cambio de pena: La acumulación absoluta puede hacer que penas de prisión temporales, en principio, pasen a convertirse en una pena única y distinta a las anteriores de prisión perpetua.
- d) Argumento basado en la justicia material: Por la vía de la acumulación material se podría llegar a castigar con más intensidad varios hurtos que un homicidio.
- e) Argumento de la ausencia de fines de la pena: La ley declara la irrelevancia de sanciones que traspasan ciertos límites porque, a partir de ahí, considera que ya no cumplen ninguna función, ni preventivo-general ni preventivo-especial.

270. Sobre estos límites en el ACP, véase, por todos, POLAINO NAVARRETE, «Nota sobre los límites de penalidad del concurso de delitos previsto en la regla 2ª del artículo 70 del Código Penal», CPC 13 (1981), 81 ss.

- b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a 20 años.
- c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la Ley con pena de prisión superior a 20 años.
- d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a 20 años.

El art. 76.1 CP establece dos tipos de límites: uno absoluto y otro relativo o variable. La suma de las penas no podrá exceder, por regla general, de **20 años**. Excepcionalmente podrá llegar a los **25 o 30 años** en los supuestos de las letras a) y b) del art. 76.1, o incluso con la reforma operada por la LO 7/2003, de 30 junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, hasta los **40 años** en las letras c) y d)<sup>271</sup>. Al mismo tiempo se establece también un límite variable, por cuanto el máximo de tiempo de cumplimiento efectivo no podrá exceder del triple de la más grave de las penas. Como consecuencia de estos límites se habla en-

271. Sobre esta reforma, véase con más detenimiento, entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, «Exasperación penal y límites constitucionales a la duración de las penas privativas de libertad», LH-Ruiz Antón (2004), 75 ss. ESPINA RAMOS, «La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras», RdPP 11 (2004), 23 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, «La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal», en *Revista Jurídica Galega* 38 (2003), 13 ss.; GONZÁLEZ PASTOR, «Análisis de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Examen de su constitucionalidad», AP 2003, 1009 ss.; GONZALO RODRÍGUEZ, «Análisis del código Penal de 1995 tras la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», LL-Penal 9 (2004), 75 ss.; JUANATEY DORADO, «La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal», LL-Penal 9 (2004), 5 ss.; RÍOS MARTÍN, «Reflexiones sobre la Ley 7/2003: el incremento de la violencia punitiva», RDPC nº extraord. 2 (2004), 101 ss.; SANZ DELGADO, «La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al siglo XIX?», RDPC nº extraord. 2 (2004), 195 ss.; SANZ MORÁN, «Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal», RDP 11 (2004), 14 ss.; TÉLLEZ AGUILERA, «La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia», LL 2003-4, 1641 ss.

tonces en nuestra doctrina de un criterio de **acumulación jurídica**, aunque en realidad no es exactamente así. Más bien se establece un criterio mixto, ya que cabe la acumulación material si las penas se siguen manteniendo dentro de los límites fijados en el art. 76.1. Por consiguiente, para la determinación de la pena en caso de concurso real cuyas penas no puedan cumplirse simultáneamente habrá que optar de entre la suma de las penas, el triple de la más grave y el límite fijo que corresponda, por la consecuencia más favorable para el reo.

Aunque se aplique uno de estos límites, la expresión «declarando extinguidas las que procedan» pone de manifiesto que deberán ser impuestas en la sentencia todas las penas correspondientes, aunque después efectivamente no se tengan que cumplir las que rebase el citado límite. El art. 78 CP corrobora también esta interpretación, pues si no, tanto su literalidad como su contenido no tendrían sentido, como veremos después.

a) Límite relativo. A efectos de determinar la suma total de las penas, puesto que la mayor parte de las penas en el CP/1995 se establecen en magnitudes temporales, será preciso sumar, en su caso, no sólo las penas de prisión y privativas de derechos (salvo que sean de cumplimiento simultáneo), sino también la localización permanente, los arrestos de fin de semana que aún puedan imponerse<sup>272</sup>, las multas impuestas por el sistema de días-multa y en su caso la responsabilidad personal subsidiaria por impago de las mismas.

Es importante recordar que estos límites se han establecido tan sólo en relación con las penas de cumplimiento sucesivo entre sí, y no las de cumplimiento simultáneo. El art. 76.1 CP enlaza su contenido con «lo dispuesto en el artículo anterior», por tanto, hay que entender que se refiere a los supuestos en que se aplique el art. 75 CP, es decir, penas de cumplimiento sucesivo. El límite relativo, por tanto, requiere para su aplicación que concurren más de tres penas de cumplimiento sucesivo.

272. *Supra* § 10. Esta posibilidad puede plantear algunos problemas en este ámbito, puesto que ya no se prevé una disposición como la contenida en el art. 37 CP en la redacción originaria, en el cual se establecía la equivalencia entre el arresto y la prisión (2 días de prisión = 1 a.f.s.).

b) Límites absolutos. El art. 76.1 también establece unos límites absolutos:

- uno de *carácter general*: 20 años (es de notar la rebaja en un tercio con respecto a la anterior normativa, pero se ve compensada por la desaparición de la redención de penas por el trabajo).

Este límite requiere para ser aplicado que se trate de más de una pena, es decir, que estemos en presencia de al menos dos penas en concurso real. Por tanto, ese límite no es aplicable en el caso de que las dos penas sean el resultado de un solo delito, debiendo estarse en ese caso a lo dispuesto en el art. 70 CP.

- tres de *carácter especial*:
  - \* límite de 25 años: requiere la concurrencia de dos requisitos: a) que el sujeto esté condenado por dos o más delitos con penas susceptibles de ser acumuladas, y b) que alguno de esos delitos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años. Tal y como está redactado el precepto parece que se refiere a la pena en abstracto.
  - \* límite de 30 años: cuando resulte que alguno de los delitos estuviese castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
  - \* límite de 40 años: cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la Ley con pena de prisión superior a 20 años. Para el caso de delitos de terrorismo bastará con que alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a 20 años.

El impulso hacia arriba del límite fijo o absoluto en todos estos casos se produce para evitar los efectos criminógenos que pudieran resultar de mantener el límite de 20 años en todo caso. Si no, el sujeto podría llevar a cabo más delitos si sabe que sólo cumpliría 20 años.

4. Estos límites que rigen el concurso real tienen como únicos elementos de unión el sujeto activo y la unidad de enjuiciamiento. Pero incluso esta unidad de enjuiciamiento es entendida por ley en un sentido muy laxo, sin necesidad de un efectivo enjuiciamiento común de las diversas infracciones, sino más bien como la abstracta posibilidad del mismo. Es decir,

basta con que los delitos que concurren pudieran haber sido enjuiciados en un único proceso, en el caso de que exista una *conexidad* procesal entre los mismos. Así lo dispone el **art. 76.2 CP**, cuando establece que los límites para el caso del concurso real de delitos «se aplicarán aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o por el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo».

La conexidad a que se refiere el art. 76.2 CP hay que buscarla en el art. 17 LECr, y más concretamente, en sus núms. 4º y 5º, por cuanto los dos primeros números se refieren a delitos conexos cometidos por dos o más personas y el nº 3 al concurso medial. El art. 17.4º LECr se refiere a los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. Y el art. 17.5º LECr alude a los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados.

De apreciarse conexidad entre las diversas infracciones, las disposiciones del art. 76.1 proyectan sus consecuencias limitadoras incluso después de la sentencia, en la fase de ejecución de las diversas resoluciones recaídas por separado.

Sin embargo, hay que llamar la atención sobre el hecho de que la referencia a la conexidad de los delitos parece un criterio extraño a la materia objeto de regulación. Con ha señalado la doctrina más autorizada<sup>273</sup>, los fines procesales y los sustantivos son diferentes, por cuanto la LECr alude a la conexidad con miras al enjuiciamiento unitario de todos los delitos en la misma causa, mientras que el CP se refiere a la conexión con el fin de limitar la acumulación material de las penas. Por ello, con razón se ha criticado esta referencia a la conexidad procesal, pues vincular un problema de Derecho sustantivo, como son los límites a la acumulación de penas en el concurso real de delitos, con una cuestión de Derecho procesal, como es la conexidad a la hora de enjuiciar, puede producir discordancias y además resulta totalmente extraña a las razones jurídico-materiales que están en la base de tales límites. En consecuencia, la jurisprudencia ha postulado, desde hace tiempo, la aplicación del art. 76.1 a todos los supuestos de concurso de delitos (exista

273. Véase, por todos, SANZ MORÁN, LH-Torío López (1999), 518 ss., con ulteriores referencias.

o no analogía o relación entre las infracciones), lo que se ha dado en llamar *unidad de ejecución*, es decir, que los límites del concurso real de delitos operarán sobre la totalidad de penas impuestas en las sentencias o condenas pendientes de ejecución. La única salvedad se encontraría en que alguno de los hechos delictivos cuyas condenas se pretendan acumular haya recaído sentencia condenatoria firme, pues si no se daría una carta en blanco para cometer hechos delictivos posteriores a esa sentencia<sup>274</sup>.

Esta práctica jurisprudencial flexible parece que ha venido a consolidarse legalmente con la reforma operada por LO 7/2003, de 30 de junio, que ha añadido al art. 76.2 CP la expresión «o el momento de su comisión». De este modo parece que se está prescindiendo de toda exigencia de conexidad, en el sentido procesal antes indicado, y se permite aplicar los límites máximos previstos en el art. 76 sobre la pena resultante después de haber practicado la refundición de condenas prevista en el art. 988 LECr<sup>275</sup>.

5. El **art. 78 CP**, uno de los llamados “preceptos estrella” del CP/1995, ha venido a abordar una cuestión que preocupaba al legislador de entonces<sup>276</sup>. Su preocupación se centraba en poner freno a la posibilidad de que en

274. Un análisis de la jurisprudencia al respecto, entre otros, en MARTÍNEZ ARRIETA, «La refundición de penas. Una interpretación alternativa», LH-Bacigalupo Zapater (2004), 473 ss.

A este respecto, cabe traer a colación la STS de 28 febrero 2006 (caso «Parot») que ha aplicado la redención de penas por el trabajo prevista en el art. 100 ACP a cada una de las penas por separado y no a la suma resultante con el límite máximo del anterior Código que era el triple de la pena más grave o treinta años (regla 2ª del art. 70 ACP). Esto supone, a juicio de MANZANARES SAMANIEGO, convertir en letra muerta la redención de penas por el trabajo y comparte la opinión expresado por tres Magistrado en el voto particular formulado a dicha sentencia, si bien “ello no significa –advierte– aceptar como correcta la consolidada jurisprudencia acerca del concepto de conexión que servirá de base a las repetidas acumulaciones o refundiciones de penas o condenas” («Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado *caso Parot*», LL n° 6443, 17 marzo 2006).

275. Sobre algunas dificultades prácticas que plantea este máximo de cumplimiento efectivo de condena, véase, entre otros, ESPINA RAMOS, «La acumulación jurídica de penas: algunas notas prácticas», RdPP 12 (2004), 13 ss.

276. Sobre esta disposición, además de los trabajos citados más arriba sobre la LO 7/2003, de 30 de junio, véanse, entre otros, HERRERO ALBELDO, *El artículo 78 del Código Penal: funcionamiento técnico-jurídico y problemas constitucionales*, Tesis

supuestos de concurso real de delitos, en los que se impusiese una condena de varias penas de prisión que daban lugar a una privación de libertad de muchos años, sin embargo, luego, en virtud de diversos beneficios penitenciarios dicha duración podría resultar reducida de modo muy considerable, pues el cómputo de la misma se podría calcular sobre los límites máximos establecidos para el concurso real de delitos.

El art. 78 CP pretende garantizar lo que se viene conociendo, de manera incorrecta, como el “cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”. En virtud de esta disposición el cómputo de la duración de la pena a efectos de acceder a los beneficios penitenciarios y a la libertad condicional estará referido no a los límites establecidos en el art. 76, sino al total de la suma de las penas impuestas.

El contenido del art. 78 CP, por tanto, no afecta a la duración de la pena, sino sólo a su forma de cumplimiento. El art. 78 deja intacto lo previsto en el art. 76 CP, pues sólo se refiere al cálculo para la concesión de los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional.

Por eso, la referencia al cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que ha encontrado incluso refrendo legal, pues así se rubrica la LO 7/2003, de 30 de junio, no es completamente exacta. Se puede decir que el art. 78 CP está haciendo referencia al cumplimiento efectivo de la pena, pero no al cumplimiento íntegro. El efecto que puede producir la aplicación de esta disposición no es el de cumplir íntegramente todas las penas impuestas, sino sencillamente el cumplimiento efectivo del máximo resultante de la aplicación de las reglas sobre el concurso real de delitos previstas en el art. 76.1. Esto significa, por tanto, que el máximo de cumplimiento nunca podrá superar los límites fijados en el art. 76, por lo que no se podría decir en verdad que el art. 78 prevé el cumplimiento íntegro de las penas.

**Art. 78 CP:**

1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la

---

doctoral inédita, Valencia, 2002; MANZANARES SAMANIEGO, «El artículo 78 del nuevo Código Penal», AP 1997, 659 ss.; «El cumplimiento íntegro de las penas», AP 2003, 195 ss.; REQUEJO CONDE, «Ámbito y aplicación del art. 78 CP», AP 2000, 549 ss. (=LL 2000-5, 1971 ss.).

suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.
3. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:
  - a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.
  - b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

La aplicación del art. 78 CP queda sometida a los siguientes requisitos:

- a) Se aplica en relación con toda clase de delitos, aunque tras la reforma de 2003 se hayan establecido unas reglas específicas para el caso de terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.
- b) Se aplica a los supuestos de concurso real de delitos a que se refiere el art. 76, por expresa remisión al mismo. Además, se aplica de modo preceptivo en el caso de los límites absolutos de carácter especial de las letras a), b), c) y d) del art. 76.1.
- c) Se requiere que la pena que resulte a cumplir, tras aplicar la acumulación jurídica de condenas sea inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

Si se dan estos requisitos<sup>277</sup> se puede acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las correspondientes sentencias. En todo caso, la aplicación de este precepto nunca afecta al máximo de cumplimiento, sino que se refiere al cómputo del tiempo para la aplicación de esas cuatro instituciones.

El órgano sentenciador es el competente para acordar esta medida, pudiendo aplicar este precepto, tanto en la eventual sentencia en que se enjuicie el concurso real de delitos, como en el auto en que se resuelva el incidente de refundición de condenas. En cualquier caso, luego el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a la vista del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, oído el Ministerio Fiscal, podrá acordar, motivadamente, la aplicación del régimen general de cumplimiento, es decir, que se atienda al límite máximo del art. 76 para la aplicación de los beneficios penitenciarios.

Esta facultad del Juez de Vigilancia era más amplia antes de la reforma llevada a cabo por la LO 7/2003, y produjo una importante polémica en el caso de concesión de beneficios penitenciarios a terroristas. Estos casos dieron lugar a que el Pleno de la Sala 2ª del TS adoptase el 28 de junio de 2002 un Acuerdo, en virtud del cual se estableció que las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria relativas a la clasificación de los penados fuesen recurribles en apelación (y queja) ante el Tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena. De este modo, la resolución del Juez de Vigilancia Penitenciaria que acordarse la clasificación en tercer grado de una persona condenada por terrorismo podría ser recurrida ante la Audiencia Nacional, que es el órgano competente para conocer de esta clase de delitos.

La LO 7/2003, en esta dirección, ha limitado más la facultad que tenía el Juez de Vigilancia Penitenciaria en estos casos de aplicar el régimen general. Para los casos de terrorismo y de criminalidad organizada, ahora la posibilidad de aplicar el régimen general desaparece casi por completo, pues «sólo será aplicable» al tercer grado penitenciario tras haber cumplido

---

277. La LO 7/2003 ha suprimido otro requisito que se exigía antes de atender a la peligrosidad criminal del reo, lo cual producía una innecesaria e injustificada confusión entre penas y medidas de seguridad.

cuatro quintas partes del límite máximo del art. 76, y a la libertad condicional tras cumplir siete octavos del máximo de cumplimiento según lo previsto en el art. 76. Así, un terrorista o un miembro de una organización criminal condenado a 100 años de prisión y al que se le haya aplicado el límite de 40 años de las letras c) o d) del art. 76.1 CP, sólo podrá obtener el tercer grado tras 32 años en prisión y la libertad condicional después de 35 años. Todo ello, además, si se dan los requisitos previstos en el art. 72 aparts. 5 y 6 LOGP, incorporados también por la LO 7/2003, de 30 de junio, y que veremos en otro momento [*infra* § 34.2.b).2].

### b) *Delito continuado y delito masa (pluralidad de acciones y unidad de delito)*

1. El delito continuado y el llamado delito masa fueron introducidos en nuestro ordenamiento jurídico por la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del CP.

El **delito continuado** consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o normas de igual o semejante naturaleza. El delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito. De ahí que se hable en este supuesto de *unidad jurídica de acción*.

Por ejemplo, un cajero de un Banco se apropia en distintas ocasiones de diferentes cantidades, siguiendo un designio unitario o bien aprovechando circunstancias parecidas. En este caso se le juzgaría por un solo delito contra la propiedad por el monto total de lo sustraído.

No vamos a entrar ahora en el desarrollo del concepto y de los requisitos del delito continuado<sup>278</sup>, sino que nos vamos a detener únicamente en los efectos penológicos asociados al mismo.

278. Sobre esta cuestión, véanse, entre otros, ANTÓN ONECA, «Delito continuado», NEJ VI (1975), 44 ss.; CANTARERO BANDRÉS, *Problemas penales y procesales del delito continuado*, Ed. PPU, Barcelona, 1990; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito continuado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

2. La figura del delito continuado se encuentra hoy regulada, con una ubicación no muy acertada, en el **art. 74.1 CP**. Según este precepto, «el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado».

Son cuatro, por tanto, los requisitos para poder apreciar un delito continuado: 1) la ejecución de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión; 2) la realización de una pluralidad de acciones u omisiones; 3) la infracción del mismo o de semejantes preceptos penales; y 4) que ofendan a uno o varios sujetos.

No obstante, el **art. 74.3 CP** excluye de esta regulación aquellas «ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva».

El efecto punitivo del delito continuado ha experimentado una importante modificación por medio de la LO 15/2003. Esta Ley ha introducido la posibilidad de llegar a imponer una pena superior a la más grave de las que podrían imponerse por las infracciones individualmente consideradas. Si antes sólo se podía imponer la pena correspondiente a la infracción más grave de las cometidas en su mitad superior, con lo cual esta pena absorbía el resto de las correspondientes a las demás infracciones, ahora la pena puede exasperarse hasta imponer la pena superior en grado en la mitad inferior.

Con esta regulación se ha establecido un sistema bastante similar al previsto en el ACP, que recogía un sistema de absorción obligatoria y de exasperación facultativa. Sin embargo, se diferencia de aquel en que antes se podía imponer en cualquier grado la pena de la infracción más grave y ahora tiene que ser en su mitad superior. Además, la exasperación antes permitía imponer la pena hasta el grado medio de la superior en grado, mientras que ahora sólo puede llegar hasta la mitad. Por tanto, si compará-

semos los límites de la pena correspondiente al delito continuado en relación con la regulación del ACP, se puede decir que el límite mínimo es más elevado, pero el límite máximo es inferior. No se ha vuelto exactamente, por tanto, al sistema vigente en el ACP.

Estos límites tienen algunas ventajas, pero también algunos inconvenientes. Es más adecuado, frente al límite mínimo previsto en el ACP, que se imponga la pena en su mitad superior, porque aunque el delito continuado reciba el tratamiento jurídico como un solo delito, sin embargo, en realidad estamos ante un supuesto de pluralidad de delitos, que si no existiese esta regulación específica deberían resolverse como un concurso real de delitos. Por eso, parece correcto que no reciba el mismo tratamiento punitivo que si de un único delito se tratase. Es un supuesto más grave y por eso se impone la pena de la infracción más grave en su mitad superior.

Pero por otro lado es posible que el límite máximo (la mitad inferior de la pena superior en grado de la correspondiente a la infracción más grave) conlleve una pena más severa que si las infracciones se castigasen como un supuesto de concurso real de delitos. Sería injusto que se tratase más severamente el delito continuado, que aunque en el fondo sea un supuesto de concurso real de delitos, se trata, sin embargo, de un supuesto particular del mismo: es un supuesto en el cual se da una estrecha relación entre todas las infracciones, que se realizan en ejecución de un plan preconcebido o por aprovechamiento de idéntica ocasión. Esta situación parece que debería justificar un tratamiento punitivo menor que si de un concurso real de infracciones sin ninguna conexión entre sí se tratase. Para evitar este inconveniente puede servir el hecho de que la exasperación de la pena sea facultativa.

3. El CP ha contemplado también una regulación específica de la **continuidad delictiva para el caso de los delitos contra el patrimonio**. En estos casos, el régimen general de absorción agravada obligatoria y exasperación facultativa se excepciona y se establece, en el **art. 74.2 CP**, que «si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado».

Puesto que en muchos delitos contra el patrimonio la distinción entre delito y falta es meramente cuantitativa, puede suceder que al sumar

el importe de varias faltas se produzca un “salto” en la calificación de la infracción, pasando a convertirse en un delito. Así, por ejemplo, quien en ejecución de un plan preconcebido o por aprovechamiento de idéntica ocasión cometiere 6 faltas de hurto por importes de 200 € una, dos de 75 € y tres de 50 € (= 500 €), se le impondría no 6 penas correspondientes a las faltas de hurto del art. 623.1 CP (con los límites del art. 76.1 CP), sino la pena correspondiente a un único delito de hurto del art. 234 CP. Es importante resaltar que esta pena excluye la absorción agravada (pena de la infracción más grave en la mitad superior) y también la de exasperación (mitad inferior de la pena superior en grado), lo que en algunos casos dará lugar a una sanción más benévola, pues se puede imponer en cualquiera de sus dos mitades mientras que con el régimen general, como mínimo le correspondería la mitad superior<sup>279</sup>, pero en otras ocasiones la sanción será más severa, como hemos visto que sucede en el ejemplo propuesto de seis faltas de hurto, que se transforman en un delito.

Por otro lado, el delito continuado de hurto se diferencia del delito de reiteración de faltas de hurto del párr. 2º del art. 234 CP (introducido por la LO 11/2003, de 29 de septiembre y suprimido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre) en que en éste las faltas no se cometen en ejecución de un plan preconcebido o con aprovechamiento de una ocasión semejante. Se trata de cuatro faltas totalmente desconectadas entre sí.

El efecto punitivo previsto con carácter general para la continuidad en los delitos patrimoniales puede, sin embargo, que no resulte suficiente para dar respuesta a casos especialmente graves. En particular, cabe pensar en algunos supuestos de estafas o de apropiaciones indebidas que afectan a una multitud de personas, como por ejemplo, grandes estafas inmobiliarias. Para hacer frente a estos casos se creó la figura conocida con el nombre de **delito masa** o de **delito con sujeto pasivo masa**<sup>280</sup>. Según SÁINZ CANTERO, los elementos que caracterizarían al delito masa serían los siguientes: un ele-

279. Siguiendo con el ejemplo propuesto, si sustituimos las seis faltas de hurto por seis delitos de hurto con un importe total de 4.000 €.

280. Sobre esta modalidad de continuidad delictiva, véanse, entre otros, CASTIÑEIRA PALOU, «El delito masa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», LH-Antón Oneca (1982), 139 ss.; SÁINZ CANTERO, «El delito masa», ADPCP 1971, 649 ss.

mento subjetivo constituido por la unidad de plan criminal; un presupuesto material consistente en una pluralidad de acciones o en una pluralidad de actos integrantes de una sola acción; la unidad de precepto penal infringido; y un sujeto pasivo masa, es decir, una masa de personas afectadas como sujeto pasivo del delito, que hay que entender que se refiere a una generalidad de personas indiferenciadas.

El delito masa se encuentra regulado en el **art. 74.2 *in fine* CP**, y el efecto punitivo previsto para estos casos es una exasperación de la pena que puede llegar hasta una superior en dos grados. Según este precepto, «en estas infracciones [contra el patrimonio] el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas».

Una exasperación de la pena tan elevada para el delito masa puede estar justificada en estos casos por razones preventivo generales, sin embargo, hay que llamar la atención sobre el hecho de que en algunos supuestos puede resultar desproporcionada, porque por una estafa o una apropiación indebida masiva se puede llegar a imponer penas equiparables a las de un homicidio, o incluso a las de un asesinato, sobre todo si resultan aplicables los tipos agravados previstos en el art. 250.

Por último, en el delito patrimonial masa, a tenor de lo dispuesto en el art. 74.2 CP que señala que se «impondrá... la pena... en la extensión que estime conveniente», hay que entender que se produce una equivalencia entre el marco penal del hecho y el marco penal concreto, y que, por tanto, el Juez no está obligado a practicar ninguna operación de reducción de sus límites (mitad superior o mitad inferior), sin que sea necesario acudir a lo dispuesto en el art. 66 CP para determinar la pena en atención a las circunstancias atenuantes y agravantes. Podrá recorrer todo el marco penal del hecho.

### *c) Concurso ideal de delitos (unidad de acción y pluralidad de delitos)*

Cuando un hecho cumple diversos tipos penales, sin que la aplicación de uno solo baste para colmar el desvalor jurídico-penal de la conducta, se

habla de *concurso ideal*. El **art. 77.1 CP** lo regula cuando dice «en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones».

Se suele distinguir entre un concurso ideal homogéneo, cuando con una sola acción se cometan delitos iguales (por ejemplo, la negligencia de un conductor mata a varias personas), y un concurso ideal heterogéneo, cuando los delitos cometidos son distintos (por ejemplo, esa negligencia mata a varias personas y produce también daños materiales, por un valor de más de 80.000 €).

A primera vista parece como si el art. 77 CP estuviese pensado únicamente para los supuestos de concurso ideal heterogéneo, pues se remite a la «pena prevista para la infracción más grave». Sin embargo, hay que entender que alcanza ambas clases de concurso, pues la aplicación de uno solo de los tipos delictivos no agotaría la valoración plena del hecho.

El art. 77.1 CP equipara al concurso ideal el supuesto de que una infracción «sea medio necesario para cometer la otra». Es el denominado *concurso medial* o *concurso ideal impropio*. Por ejemplo, falsificar un documento para cometer una apropiación indebida o una estafa.

En realidad, en este tipo de concurso no hay una sola acción, sino varias, pero la conexión es tan estrecha entre los dos delitos cometidos (una relación de medio a fin), que el legislador equipara su tratamiento al del concurso ideal.

En cuanto al efecto punitivo asignado a estos supuestos hay que decir que el art. 77 CP los trata unitariamente. El art. 77 sigue el **principio de absorción**, que conduce a una pena agravada, siempre que ello sea más favorable que la acumulación de penas. El **art. 77.2 CP** dispone que «en estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones». Y conforme a ello, el **art. 77.3 CP** señala que «cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado».

Hay que decir que el art. 77 CP no ha estado muy afortunado en la técnica empleada, puesto que comienza señalando que «lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable» al concurso ideal ni al concurso medial de delitos. Sin embargo, esta afirmación resulta criticable. Por un

lado, porque se queda corta al referirse únicamente a los dos artículos anteriores. En realidad el art. 77 CP se contrapone a todo el concurso real de delitos, con lo que no sólo debería referirse a la acumulación sucesiva (arts. 75 y 76), sino también a la acumulación simultánea (art. 73). Por otro lado, no hay que olvidar que el concurso ideal y también el medial pueden ser múltiples y pueden entrar en juego con otras infracciones. Además, es posible que lleguen a castigarse como un concurso real, es decir, castigándolas por separado (art. 77.3), en cuyo caso habrá que tener en cuenta los límites establecidos en el art. 76.

Para dar eficacia a estas reglas penológicas el órgano judicial debe proceder a practicar las siguientes operaciones:

- Fijar la pena correspondiente a cada uno de los delitos.
- Una vez obtenidas las respectivas sanciones, hay que establecer el necesario parangón entre ellas para discernir cual es la más grave de todas.
- A continuación, se obtendrá la mitad superior de la que hubiere resultado más grave.
- Por último, habrá que comparar la citada mitad superior con la suma de las correspondientes a cada infracción, con el fin de averiguar si han de entrar o no en juego las limitaciones establecidas en los apart. 2º y 3º del art. 77 CP.

Veamos cada una de estas operaciones con mayor atención.

a) Fijación del castigo correspondiente a cada una de las infracciones.

Esta operación puede realizarse de dos modos: o bien atendiendo a la pena que el legislador asigna en abstracto a cada delito, o bien indagando la pena que resulte procedente en el caso concreto. La solución, como ha indicado CÓRDOBA RODA, se encuentra en un término medio. Las penas abstractas de la Parte Especial se establecen para el autor de un delito consumado, por ello, es preciso comparar las penas que resultan tras tener en cuenta el grado de participación y el grado de ejecución del delito, así como aquellas circunstancias que afectan al marco penal (eximentes incompletas y atenuantes muy cualificadas). Téngase en cuenta que con la comparación de las penas individuales debemos obtener una pena (la de mayor gravedad)

que se conoce como *pena disponible* y que luego deberemos aplicar en su mitad superior.

b) Selección de la pena correspondiente a la infracción más grave.

Por la infracción más grave hay que entender aquella cuyo castigo resulte más grave que los asignados a los otros delitos. A tal efecto, se compararán las diversas penas obtenidas en la operación anterior. Surge, a primera vista, el problema de ¿qué criterio habrá que utilizar para estimar una pena más grave que otra? En principio no hay problema cuando se traten de penas homogéneas. El problema surge cuando se trate de penas heterogéneas. En estos casos, cabría acudir al art. 33 CP, aunque ello puede dar lugar a dudas cuando comparamos una pena de prisión menos grave, por ejemplo, y una pena de inhabilitación absoluta que es una pena grave. En mi opinión, es más grave la pena de prisión.

c) Determinación de la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave.

Determinada la pena más grave, hay que proceder a individualizarla. Se determina la mitad superior y dentro de ese marco se aplican las circunstancias agravantes y atenuantes.

d) Comparación de la citada mitad superior con la suma de las penas correspondientes.

A continuación hay que comparar el resultado de la mitad superior con el que produciría la acumulación de las penas individuales, y en este caso habrá que concretar también la pena en cada uno de los delitos en particular.

En correcta técnica judicial, el órgano jurisdiccional debería imponer todas las penas en concreto, y luego disponer que por aplicación del art. 77, se impone al reo tal pena por resultar más favorable. Procediendo de este modo se explica mejor el castigo que, a su juicio, merecen individualmente las diversas infracciones.

Hay que señalar también que si se castiga por separado, la acumulación de penas se encuentra también limitada por los topes del art. 76.

#### 4. Determinación de la pena según las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes

La última de las fases para la concreción de la pena pasa por la aplicación de las reglas establecidas para los casos en que concurran o dejen de concurrir las circunstancias atenuantes y agravantes de los arts. 21, 22 y 23 CP. Partiendo del marco legal previsto para el delito cometido y una vez que hayan producido su efecto las reglas que regulan las formas imperfectas de ejecución y la participación, entrarán en juego los **arts. 65 ss. CP**, como última operación a practicar. Tampoco hay que olvidar que el **art. 14.3 CP** contiene una regla de determinación de la pena para el caso de *error de prohibición vencible*. En este caso la pena se rebajará en uno o dos grados.

Pues bien, en primer lugar hay que distinguir si estamos ante un **delito doloso o uno imprudente**. En la aplicación de las penas de éstos los Jueces y Tribunales procederán según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas del art. 66.1 CP. Para los delitos dolosos, se seguirán las siguientes reglas:

- 1ª. Una atenuante = mitad inferior.
- 2ª. Dos o más atenuantes y ninguna agravante = pena inferior en uno o dos grados, atendidos el número y la entidad de dichas atenuantes.
- 3ª. Una o dos agravantes = mitad superior.
- 4ª. Tres o más agravantes y ninguna atenuante = pena superior en grado en su mitad inferior.
- 5ª. Reincidencia (condenado ejecutoriamente por tres delitos comprendidos en el mismo título ) = pena superior en grado, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.
- 6ª. Ninguna atenuante ni agravante = pena en la extensión que sea adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la gravedad del hecho.
- 7ª. Concurran atenuantes y agravantes = se podrán compensar racionalmente. Si persiste el fundamento cualificado atenuatorio = pena inferior en grado. Si persiste el fundamento cualificado agravatorio = mitad superior.

8ª. Pena inferior en más de un grado = se podrá recorrer toda su extensión.

Además, si concurre una eximente incompleta (art. 68), el Juez o Tribunal podrá imponer la pena *inferior en uno o dos grados*.

### a) *Reglas sobre la comunicabilidad de las circunstancias a partícipes y el principio de inherencia*

Antes de pasar a examinar estas reglas, hay que hacer dos aclaraciones previas que se refieren a la comunicabilidad de las circunstancias a partícipes y al principio de inherencia.

1. Por lo que a la primera cuestión se refiere, se encuentra regulada en el **art. 65 CP**:

#### **Art. 65 CP:**

1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren.
2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación al delito.
3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.

Este precepto, que según un importante sector de la doctrina se refiere exclusivamente a las circunstancias genéricas de los arts. 21, 22 y 23 CP<sup>281</sup>,

---

281. Una amplia exposición de la doctrina y jurisprudencia puede verse, entre otros, en BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Ed. Universidad de Zaragoza/Civitas, Madrid, 1995, 50 ss. y 215 ss. Este autor se

y que la jurisprudencia, en algunas ocasiones, ha extendido a las circunstancias específicas previstas en la parte especial, viene a establecer la siguiente regla: las circunstancias modificativas de carácter personal no se comunican a los partícipes en el delito; y las que son de carácter objetivo se comunican solamente a quienes tuvieran conocimiento de ellas<sup>282</sup>.

El CP/1928 y recientemente también por parte de algún autor se ha sugerido entender como objetivas las circunstancias que aparecen vinculadas al hecho y subjetivas las vinculadas al autor. Sin embargo, es preciso reconocer que no existen elementos exclusivamente vinculados al autor o exclusivamente vinculados al hecho, sino que sólo es posible emitir un juicio acerca de si un elemento caracteriza más al hecho que al autor o viceversa, dado que el binomio autor-hecho conforma una unidad valorativa inescindible. Por tanto, habrá que atender, como indica BOLDOVA PASAMAR, a la preponderancia cualitativa de unos aspectos sobre otros, y no habrá que declarar la incomunicabilidad de una circunstancia por el solo hecho de que contenga un elemento subjetivo específico. Cuando se trata de elementos subjetivos pertenecientes a la culpabilidad el efecto de intransmisibilidad está justificado en virtud del carácter individual que comporta el juicio de culpabilidad. Pero cuando los elementos subjetivos forman parte del injusto, la respuesta ya no es tan clara. Desde una concepción personal de lo injusto, éste comprende no sólo la parte objetiva de un hecho, sino también el dolo y otros elementos subjetivos. Así pues, la existencia en determinadas circunstancias mixtas de elementos subjetivos específicos no comporta obligatoriamente su incomunicabilidad. Para ser incomunicable o bien la circunstancia contiene algún elemento que por su naturaleza es de

---

muestra partidario de limitar el ámbito de aplicación del antiguo art. 60 (hoy equivalente al art. 65) a las circunstancias genéricas.

282. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha suprimido las anteriores referencias a «la disposición moral del delincuente» y a «sus relaciones particulares con el ofendido», que en realidad no venían a añadir nada, pues no eran otra cosa que especies del género «en otra causa personal».

Con la expresión «ejecución material del hecho» se alude a todas aquellas condiciones fácticas que se presentan en el hecho y que afectan a su ejecución, por lo que comprende también la de «medios empleados para realizarla». Si las circunstancias del apart. 1 del art. 65 son causas personales, las del apart. 2 se podrían denominar como circunstancias de la ejecución.

imposible transmisibilidad (por pertenecer a la culpabilidad), o bien aquélla consiste única o predominantemente en una causa personal.

Entre las que **no son comunicables**, esto es, aquellas circunstancias exclusiva o predominantemente personales, suelen señalarse las siguientes:

- art. 21.1ª: eximentes incompletas.
- art. 21.2ª: toxicodependencia.
- art. 21.3ª: arrebató u obcecación.
- art. 22.3ª: ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.
- art. 22.4ª: obrar por motivos racistas.
- art. 22.6ª: obrar con abuso de confianza.
- art. 22.7ª: prevalerse del carácter público.
- art. 22.8ª: ser reincidente.
- art. 23: parentesco.

Y entre las que **sí son comunicables**, esto es, aquellas circunstancias de la ejecución, se suele aludir a las siguientes *agravantes*:

- art. 22.1ª: alevosía.
- art. 22.2ª: disfraz.
- art. 22.5ª: ensañamiento.

Mención aparte merece el **art. 65.3 CP**, que ha sido introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. En virtud de esta reforma se ha elevado a rango legal una discutible práctica jurisprudencial que aplicaba una atenuante analógica muy cualificada en el caso de *extranei* partícipes en delitos especiales que permitía disminuir la pena en uno o dos grados<sup>283</sup>. El nuevo art. 65.3

283. Recientemente sobre esta cuestión, entre otros, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, Ed. Universidad de Barcelona, 2003, 124 ss.; RUEDA MARTÍN, «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública», RDP 8 (2001), 127 ss. Y específicamente sobre el nuevo art. 65.3 CP, entre otros, RIGGI, «El nuevo artículo 65.3 del Código Penal: entre el debate dogmático y las consecuencias político-criminales», RDP 15 (2005), 11 ss.

Mi posición al respecto la dejé ya expresada en otro lugar (ROCA AGAPITO, *El delito de malversación de caudales públicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, 328 ss.), y en particular, me pronuncié en contra de la posibilidad de acudir en estos delitos al art. 65 CP, porque dicho precepto se refería únicamente a las «circunstancias agravantes o atenuantes», pero no a los elementos que fundamentan la respon-

CP rebaja la pena del *extraneus* sólo en un grado, no en dos, como hacía la jurisprudencia. Sin embargo, a nuestro juicio, esta decisión político-criminal sigue siendo discutible, pues no consideramos que existan razones suficientes como para rebajar la pena tanto. El inductor o el cooperador necesario en un delito especial participa en este delito, cuyo tipo tiene señalada la misma pena que al autor, sin necesidad de que el sujeto activo tenga la cualidad especial que se requiere para ser autor en sentido estricto.

Pero dejando al margen estas cuestiones, se esté o no de acuerdo con la solución que ha adoptado el legislador de 2003 en estos supuestos, lo que sí resulta criticable, a nuestro juicio, es la forma en que ha concretado esta decisión político-criminal. A mi modo de ver, el tenor de este precepto pone en entredicho el principio de accesoriadad limitada y de responsabilidad personal que, entre otras consecuencias, suponen la independencia de la culpabilidad de los codelincuentes. El tenor de esta nueva disposición es equívoco, y más que a «condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor», parece que debería aludir a elementos personales referidos al autor que fundamentan el injusto. De lo contrario, se podría llegar al absurdo de imponer una pena inferior en grado a la del autor, si el partícipe, por ejemplo, es inimputable, en vez de, como sería lo lógico, excluir su responsabilidad penal.

2. En cuanto a la segunda cuestión que habíamos dejado apuntada antes, hay que destacar que para no vulnerar el principio *non bis in idem* se ha establecido el principio de inherencia, que prohíbe tomar en cuenta aquellas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que la ley ya hubiese tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, o que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse<sup>284</sup>. Por ejemplo, en el asesinato (art. 139) no se podrá apreciar como agravante la alevosía (art. 22.1ª), ni el ensañamiento (art.

---

sabilidad del autor, y también en contra de la orientación jurisprudencial que apreciaba una atenuante analógica muy cualificada de no-funcionario, porque lo que hacía es sencillamente inventarse una atenuante totalmente inexistente.

284. Sobre este principio, véase, entre otros, BORJA JIMÉNEZ, «El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal», ADPCP 1992, 166 ss.

22.5<sup>a</sup>); o en los delitos de funcionario como la prevaricación, el cohecho, el tráfico de influencias o la malversación, no podrá apreciarse la agravante del art. 22.7<sup>a</sup> de prevalimiento del carácter público.

## b) *Contenido del artículo 66 CP*

### **Art. 66 CP:**

1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

- 1<sup>a</sup>. Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.
- 2<sup>a</sup>. Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.
- 3<sup>a</sup>. Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.
- 4<sup>a</sup>. Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.
- 5<sup>a</sup>. Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

- 6<sup>a</sup>. Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7ª. Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

8ª. Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2. En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.

Veamos a continuación el contenido de este artículo<sup>285</sup>.

a) Regla 1ª. En el supuesto de que **sólo concorra una atenuante**, el Juez está limitado a moverse por la *mitad inferior*. En este supuesto no se ofrece ningún criterio al cual el Juez deba atender para concretar la pena dentro de esa mitad inferior, sin embargo, la interdicción constitucional de la arbitrariedad y la nueva disposición del art. 72 CP, limita el arbitrio judicial y deberá motivar, en cualquier caso, su resolución. Para ello podrá tener en cuenta los criterios de la regla 6ª, esto es, las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

b) Regla 2ª. En el caso de que sean **dos o más las circunstancias atenuantes o una o varias muy cualificadas**, esto es, una que alcance una intensidad claramente superior a la normal, se establece que «los Jueces o Tribunales... aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley». Antes de la reforma de 2003 se decía que «los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer...», no que deberán imponer.

285. Aunque sea respecto de la redacción anterior del art. 66, véase al respecto, entre otros, SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Ed. Comares, Granada, 2000.

Para la regulación actualmente vigente, véase, entre otros, BOLDOVA PASAMAR, en *Lecciones*<sup>3</sup>, 246 ss.; RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las reformas del Código Penal de 2003*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004.

Parecía que el CP establecía una facultad potestativa de degradación, esto es, que cabía que el Tribunal, pese a apreciar dos o más atenuantes o una muy cualificada, no procediese a la degradación si no lo creía prudente (en este sentido la Consulta FGE 2/1997, de 19 febrero). Sin embargo, la jurisprudencia entendió que dicha rebaja era obligatoria, al menos en un grado (Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS de 23 marzo 1998, que también lo hizo extensivo a las eximentes incompletas; SSTs de 26 julio 1999, 23 febrero 1999, entre otras)<sup>286</sup>.

Con la LO 11/2003 ha encontrado plasmación legal el criterio jurisprudencial de la obligatoriedad, al menos en un grado, de la rebaja de la pena.

La reforma de 2003 ha aclarado también otros puntos que suscitaban dudas, como por ejemplo, el problema de si se podría aplicar la degradación en el caso de que concurriese una agravante junto a tres o más atenuantes o una muy cualificada. Pues bien, la reforma de 2003 ha seguido el criterio del ACP, y a partir de ahora no podrá concurrir ninguna agravante para proceder a la rebaja en uno o dos grados. No obstante, es posible que aún concurriendo alguna agravante pueda llegar a rebajarse en un grado la pena, a tenor de lo previsto en la regla 7ª, que veremos más adelante.

Otro problema que se podía dar era si cabía conceder un efecto degradatorio reduplicado, por ejemplo, si concurren dos atenuantes muy cualificadas, rebajar primero en dos grados y luego en otros dos. La respuesta antes era discutida, pero ahora parece claro que debe ser negativa, porque esta regla que comentamos habla expresamente de «dos o más circunstancias, o una o varias muy cualificadas». Parece, por tanto, que no cabe ese efecto degradatorio multiplicado. De todas formas, pese a la aclaración que ha supuesto la nueva redacción en este punto, sin embargo, puede seguir criticándose el tenor de la misma diciendo que con él se puede imponer la misma pena en el caso de dos atenuantes que en el de tres y una de ellas muy cualificada.

Este mismo inconveniente, pero a la inversa, se planteaba antes también con las agravantes, que podían dar lugar a la misma pena en el caso de dos agravantes que en el de tres o más. La reforma de 2003 ha intentado solventar esta crítica mediante las reglas 3ª y 4ª.

286. Véase al respecto, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, «La regla 4ª del art. 66 del Código penal (una interpretación adecuada al principio de culpabilidad)», AJA 349 (2 julio 1998).

c) Reglas 3ª y 4ª. Las actuales reglas 3ª y 4ª proceden de la anterior regla 3ª, que se refería al supuesto en que concurriesen una o varias agravantes. Para evitar el inconveniente aludido, lo que la reforma ha hecho ha sido que para el caso de que concurren **tres o más agravantes** se pueda imponer la *pena superior en grado en su mitad inferior* (regla 4ª). Hay que señalar que la regla 4ª establece una facultad, pero no una obligación de elevar la pena, pues dice que «los Jueces... podrán aplicar la pena superior en grado», pero no que deban hacerlo, a diferencia de lo que se ha dicho en las reglas anteriores, en que la ley utiliza claramente un imperativo.

Con todo, el problema subsiste, pues no se fija ningún criterio conforme al cual individualizar la pena. De este modo es posible que incluso en el caso de una sola agravante se pueda imponer la misma pena que en el de dos agravantes; o también en el de tres o más, pues la potestad de elevar la pena es facultativa. Habrá que confiar en que los jueces no equiparen este tipo de conductas de distinta gravedad, y que individualicen la pena conforme a las circunstancias personales del delincuente, la mayor o menor gravedad del hecho, y el número y entidad de las agravantes.

La regla 4ª prevé también como requisito que no concorra ninguna atenuante, pues si no se podría producir un conflicto de normas con la regla 7ª. Este supuesto se ha solventado del mismo modo que para el caso de las atenuantes en la regla 2ª.

d) Regla 5ª. Contiene una regulación específica para el caso de **reincidencia**. No vamos a entrar ahora en la polémica suscitada sobre el fundamento de esta agravación, que, por otro lado, ha sido declarada conforme a la Constitución (STC 150/1991). Aún así sigue siendo muy discutible el efecto agravatorio (y más ahora que *permite llegar a imponer una pena superior en grado*), porque la reincidencia no tiene por qué demostrar un mayor contenido de injusto en el hecho o de culpabilidad en su autor. En el fondo, con la reincidencia se agrava la pena por un hecho distinto y además por el que ya fue juzgado y condenado<sup>287</sup>.

287. La agravante de multirreincidencia había sido derogada por la LO 8/1983, de 25 de junio. Sobre la nueva regulación, véase, entre otros, AGUDO FERNÁNDEZ, «La nueva agravante de reincidencia cualificada en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de

En cualquier caso, la regla 5ª al igual que la regla 4ª establece una facultad potestativa de elevar la pena, que sólo podrá tener lugar cuando se cometa un delito, que guarde identidad en el Título y en la naturaleza con, al menos, otros tres anteriores, por los que haya sido condenado en una o varias sentencias que sean firmes y mientras que no hayan transcurrido los plazos de cancelación de los antecedentes penales originados por estas condenas<sup>288</sup>.

Hay que destacar con respecto a esta regla que la LO 11/2003, de 29 septiembre, introdujo también como delito la reiteración de cuatro faltas de lesiones, de hurto o de hurto de uso de vehículos, siempre y cuando, en las faltas contra el patrimonio, el montante acumulado de las infracciones fuese superior al mínimo para constituir delito. No obstante, hay que advertir que la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha suprimido los tipos relativos al hurto al hurto de uso de vehículos, aunque ha dejado vigente el relativo a las lesiones.

Hecha esta advertencia, hay que decir que en el caso de que se aplicase la disposición relativa a las lesiones, no sería correcto aplicar también la regla 5ª, porque esta agravante específica de multerreincidencia sólo se aplica cuando «el culpable al *delinquir* hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos, por tres *delitos*...». En una interpretación literal e histórica<sup>289</sup> de esta disposición, la agravación sólo es aplicable a los delitos y no a las faltas. Además, puesto que los tres actos que darían lugar a la agrava-

---

septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros», CPC 81 (2003), 429 ss.; «La relevancia práctica de la STS de 4 de abril de 1990 en la interpretación de la nueva superagravante de reincidencia cualificada», CPC 85 (2005), 233 ss.

288. Véase, al respecto, ESPINA RAMOS, «La elevación facultativa de penas tras la reforma del art. 66 del Código Penal: aspectos sustantivos y consecuencias procesales», AJA 631 (8 julio 2004), quien resalta también las consecuencias procesales que puede tener esta nueva regulación, que en su opinión, quizás no hayan sido suficientemente ponderadas, porque, entre las consecuencias procesales que acarrea esta nueva regulación, según este autor, es que dé lugar a un cambio de competencia judicial, si es que la pena a imponer en abstracto excede de 5 años de prisión, e incluso hasta del procedimiento, si la pena a imponer en abstracto excede de 9 años de prisión.

289. En el Anteproyecto de Ley orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que daría finalmente a la LO 11/2003, estaba prevista una disposición similar también para las faltas (art. 638.2) (*vid.* p. 19 del Anteproyecto). Sin embargo, durante la tramitación posterior de esta iniciativa desapareció tal posibilidad.

ción por reincidencia, forman parte del tipo del delito correspondiente (art. 147.1 *in fine* CP), sería muy discutible, en virtud del principio de inherencia (art. 67), que se aplicase esta regla en estos supuestos.

e) Regla 6ª. Las reglas 6ª y 7ª se refieren a los supuestos antes contenidos en una única regla, la 1ª, esto es, el caso de ausencia de circunstancias y el de pluralidad de circunstancias de signo contrapuesto. Se ha preferido, a mi juicio con buen criterio, separar los dos supuestos, de tal modo que el primero está regulado en la regla 6ª y el segundo en la regla 7ª.

En la regla 6ª se otorga un amplio margen de arbitrio judicial, pues cuando **no concurren atenuantes ni agravantes** el órgano judicial *podrá recorrer todo el marco del hecho*, coincidiendo, por tanto, con el marco penal concreto<sup>290</sup>. El Juez puede recorrer el marco penal, al igual que en los delitos imprudentes (art. 66.2), en toda su extensión, pero ello no quiere decir que lo pueda hacer libremente o de cualquier modo. La Ley le obliga a tener en cuenta «las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia» (regla 6ª). Es decir, deberá motivar su resolución conforme a estos criterios, y si no lo hace será recurrible por falta de motivación<sup>291</sup>. Parece que esta motivación será exigible también en los delitos imprudentes, aunque la ley diga que «los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior».

f) Regla 7ª. La otra parte de la antigua regla 1ª, esto es, cuando concurren **circunstancias de signo contrapuesto**, se regula ahora en la regla 7ª<sup>292</sup>. Hemos visto antes que tanto la regla 4ª (para las agravantes) como la

290. Sobre estos supuestos, véase, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, «Arbitrio judicial y art. 61.4 del Código penal. Comentario a la Sentencia del TS de 20 de marzo de 1986», PJ 4 (1986), 141 ss.; SERRANO BUTRAGUENO, «Análisis de la regla cuarta del artículo 61 del Código Penal y de la jurisprudencia que la interpreta», RDPC 1 (1991), 369 ss.

291. Véase al respecto, entre otros, RAMOS TAPIA, «El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena», CPC 69 (1999), 613 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «La revisión en casación de la individualización judicial de la pena», PJ 6 (1987), 137 ss.

292. Sobre la compensación de las circunstancias atenuantes y agravantes, véase, con carácter general, entre otros, ALONSO ÁLAMO, «La compensación de circunstancias

regla 2ª (para las atenuantes) establecían que no concurriese otra circunstancia de signo contrapuesto, así pues no se puede presentar ahora ningún conflicto aparente entre estas reglas.

En un principio, el CP no había exigido semejante requisito, que por cierto, ya estaba previsto en el ACP, lo cual dio lugar a que se produjese un conflicto de normas. Así, el supuesto en que concurriesen varias atenuantes y una agravante era subsumible tanto en la antigua regla 1ª (concurran atenuantes y agravantes) como en la anterior regla 4ª (dos o más atenuantes). En este punto se ofrecieron interpretaciones diversas, pero en la doctrina han sido defendidas principalmente dos. Por un lado, se ha sostenido que la regla 1ª era ley principal respecto de la regla 4ª, que sería ley subsidiaria. Por otro lado, se entendió que la regla 4ª era ley especial con respecto a la 1ª, que sería ley general. De estas dos soluciones posibles, parece que la primera tuvo más acogida en la doctrina. Sin embargo, no fue ésta la interpretación que se mantuvo por parte de la jurisprudencia. En otro Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS, el de 27 marzo 1998, el Alto Tribunal se pronunció por aplicar las dos disposiciones, señalando que la concurrencia de agravantes y atenuantes obliga inicialmente a la aplicación de la regla 1ª, procediéndose a su compensación, y si una vez compensadas aún subsiste un fundamento cualificado de atenuación, en este caso se podría aplicar la regla 4ª; y si simplemente subsiste una atenuación ordinaria, se aplicaría la regla 1ª (no la regla 2ª, porque no se da el supuesto de hecho: la concurrencia de una sola atenuante).

Este ha sido el criterio que en gran medida se ha visto reflejado por la LO 11/2003 en la regla 7ª del art. 66.1, que obliga primero a compensar las circunstancias y luego ver si subsiste el fundamento atenuatorio o agravatorio. Sin embargo, téngase en cuenta que el Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª antes mencionado establecía que si subsistía el fundamento atenuatorio cualificado se podía aplicar la regla 4ª el anterior art. 66, por tanto, se podía llegar a rebajar en dos grados la pena. Ahora únicamente se podrá hacer en uno solo.

---

generales y especiales ante la reforma del Derecho penal», CPC 1983, 5 ss.; SERRANO MAÍLLO, *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995.

g) Regla 8ª. La reforma de 2003 ha venido a elevar a rango de ley un criterio ya muy asentado en la jurisprudencia, según el cual se debe seguir una compatibilidad limitada entre las rebajas en grado y la aplicación luego de las reglas de determinación de la pena según las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes. La jurisprudencia, incluso bajo la vigencia del ACP, había considerado que si se procedía a la rebaja en un solo grado, luego se aplicarían las reglas del antiguo art. 61 (hoy art. 66); pero si se hubiese rebajado en dos grados, el Juez podía moverse por todo el marco legal sin tener que sujetarse a lo dispuesto en el art. 61.

#### d) *Determinación de la pena en caso de concurrencia de alguna eximente incompleta*

Un supuesto especial de determinación de la pena es aquel en que concurre una **eximente incompleta**, esto es, una atenuante del art. 21.1ª CP<sup>293</sup>. En este caso, el legislador ha otorgado un régimen jurídico independiente: el **art. 68 CP**.

Este precepto, en su redacción inicial, contenía una regla en virtud de la cual «los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente». Y fijaba como criterios para individualizar la pena «el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes».

Esta disposición planteaba dos cuestiones importantes que había que resolver. Por un lado, se encontraba el problema de si la rebaja en uno o en dos grados era facultativa o preceptiva. Y por otro lado, si era posible

293. Véanse, entre otros, BOLDOVA PASAMAR, «La reducción de la pena cuando concurre alguna eximente incompleta», RDPC 1 (1998), 245 ss.; OBREGÓN GARCÍA, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy cualificadas*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998; PADILLA ALBA, «Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena», ADPCP 1995, 502 ss. [=LH-Casas Barquero (1996), 559 ss.]; SOTO NIETO, «Determinación de la pena en supuesto de concurrencia de una eximente incompleta», LL 1999-5, 1939 ss.

compaginar el art. 68 con el art. 66, esto es, si una vez que se había procedido a la rebaja en uno o dos grados, había que aplicar también las reglas contenidas en el art. 66.

Con respecto a la primera cuestión<sup>294</sup> hay que decir que la voluntad del legislador parece que había sido claramente favorable a otorgar carácter potestativo de dicha rebaja (el tenor literal del art. 68 CP decía que «podrán imponer...»). Sin embargo, con otro tipo de argumentos el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS de 23 de marzo de 1998, ya citado, consideró que la rebaja era obligada, además de para las atenuantes muy cualificadas, también para las eximentes incompletas, al menos en un grado, y facultativa si era en dos (SSTS de 10 junio 1997, 5 junio 1998, 15 abril 1999). En favor de la degradación obligatoria esta corriente jurisprudencial ha aducido diferentes tipos de razones: *“dogmáticas* (las eximentes incompletas disminuyen el valor del injusto típico o la gravedad del reproche culpabilístico y, en consecuencia, deben reducir la pena imponible), *sistemáticas* (la segunda parte del precepto sólo tiene sentido aceptando la necesidad de reducir la pena al menos en un grado), *históricas* (es la interpretación congruente con la conceptualización tradicional en nuestro Derecho de las eximentes incompletas como atenuantes privilegiadas o especialmente cualificadas tanto por su naturaleza como por sus efectos) y *lógicas* (la interpretación contraria conduciría al absurdo, pues la eximente incompleta podría tener un efecto atenuatorio nulo, inferior al legalmente prevenido para las atenuantes ordinarias del art. 66.2ª)”.

En el fondo de este razonamiento subyace la consideración de que las eximentes incompletas no deben ser equiparadas a meras circunstancias

294. Véase al respecto, además de los trabajos citados en la nota anterior, entre otros, CASTELLÓ NICÁS, «El artículo 68 del Código penal de 1995. ¿Rebaja preceptiva o facultativa de la pena?», CPC 1999, 51 ss.; FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, «La determinación de la pena en los supuestos de concurrencia de una eximente incompleta en el nuevo Código Penal», AP 1998, 277 ss.; GONZÁLEZ RUS, «Imputabilidad disminuida. Determinación y ejecución de las penas y medidas de seguridad», AP 1999, 21 ss. (=AAVV, *IV Congreso andaluz de ciencias penales. Derecho penal y psiquiatría criminal y forense*, Ed. Puerto de Santamaría, 1998, 81 ss.); MIELGO ÁLVAREZ, «El equívoco contenido del art. 68 del Código Penal de 1995», en AAVV, *IV Congreso andaluz de ciencias penales. Derecho penal y psiquiatría criminal y forense*, cit., 413 ss.; PIÑA ROCHEFORT, «Del “poder” al “deber”: ¿Disminución preceptiva de la pena en casos de eximentes incompletas?», AP 2003, 763 ss.

modificativas de la responsabilidad, sino que implican una auténtica aminoación del injusto, de la culpabilidad, o de ambos. Por ello puede explicarse que el legislador haya dado un tratamiento independiente, en el art. 68 CP, a las eximentes incompletas, y que no las haya incluido en el art. 66, aunque su redacción se parezca mucho a la de la actual regla 2ª. Como veremos a continuación, ello resulta decisivo a la hora de explicar la relación entre ambos preceptos.

En cuanto a la segunda cuestión, esto es, si una vez que se haya procedido a la rebaja de la pena resulta aplicable el art. 66, hay que decir que ya bajo la vigencia del ACP<sup>295</sup>, la jurisprudencia había consolidado un criterio ecléctico, en el sentido de que si se procedía a la rebaja en un solo grado, luego se aplicarían las reglas del antiguo art. 61 (hoy sería el art. 66); pero si se hubiese rebajado en dos grados, el Juez podía moverse por todo el marco legal sin tener que sujetarse a lo dispuesto en el art. 61 (hoy art. 66).

Pues bien, las soluciones barajadas por los Tribunales para resolver estas dos cuestiones han sido finalmente acogidas por el legislador de 2003.

El primero que ha encontrado reflejo en el CP ha sido el criterio ecléctico acerca de la compatibilidad entre los arts. 68 y 66 CP. La LO 11/2003, de 29 de septiembre, ha recogido este criterio en la regla 8ª del art. 66, en virtud del cual «cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión». Por tanto, si se llegase a rebajar la pena en dos grados no habría que reducir luego el marco penal del hecho en mitades. En estos casos el marco penal del hecho coincidiría con el marco penal concreto.

Pero por si quedase alguna duda al respecto, ya que se podría esgrimir en su contra y sostener su combinación absoluta porque el CP ha previsto un régimen distinto y aparte para las eximentes incompletas, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha aclarado, al final del art. 68 CP, que lo dispuesto en este precepto será «sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del pre-

295. Véase al respecto, entre otros, ORAA GONZÁLEZ, «La compatibilidad de los artículos 66 y 61 del Código Penal. Crítica a una reiterada decisión jurisprudencial», LL 1990-4, 955 ss.; PUENTE SEGURA, «La individualización judicial de la pena: estudio de los artículos 66.4 y 68 del vigente Código Penal», LL 1998-1, 1972 ss.

sente Código». Por tanto, habrá que tener en cuenta también lo dispuesto en la citada regla 8ª del art. 66 CP<sup>296</sup>.

Esta remisión al art. 66 contenida en el art. 68 no resuelve, sin embargo, todos los problemas, porque la remisión se hace a todas las reglas previstas en ese precepto, y en particular se puede plantear la discusión de si es posible acumular sucesivas rebajas en grado, por ejemplo, en el caso de que concurra junto a una eximente incompleta otras dos o más atenuantes u otra o varias muy cualificadas. Más arriba [*supra* § 24.4.b. )], al comentar la regla 2ª del art. 66.1 CP negábamos la posibilidad de conceder un efecto degradatorio reduplicado en el caso de concurrir, por ejemplo, dos atenuantes muy cualificadas. Dicha regla alude expresamente a la concurrencia de «dos o más circunstancias, o una o varias muy cualificadas». Según el tenor literal de esta disposición se podría afirmar entonces que una eximente incompleta no se podría combinar con otra atenuante muy cualificada que diese lugar a una segunda rebaja de grado. Sin embargo, esta interpretación no resulta coherente, desde un punto de vista sistemático, para las eximentes incompletas, pues si dicha interpretación fuese correcta, lo lógico hubiese sido que dicha regla 2ª se hubiese referido también al efecto punitivo de las mismas. Sin embargo, el CP no lo ha querido así, y por eso ha previsto aparte la regulación específica de estas particulares atenuantes. El art. 68 CP comienza diciendo: «En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21...». Así pues, si no fuese posible acumular el efecto degradatorio de dos o más atenuantes o una o varias muy cualificadas, por un lado, y una eximente incompleta, por otro, no tendría sentido el art. 68, porque los supuestos previstos en el art. 21.1ª CP no dejan de ser «circunstancias atenuantes».

Además, la actual redacción del art. 68 CP ha suprimido el inciso final que obligaba a tener en cuenta «el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes» a la hora de determinar la pena, lo cual impedía que se pudiese proceder a una ulterior rebaja en grado. Ahora esa previsión ha desaparecido, y en su lugar, a mayor abundamiento, se ha incluido la mencionada

296. Así lo ha entendido también el TS en un Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª de 1 de marzo de 2005, en el que al tratar el asunto tercero relativo a la interpretación del nuevo texto del art. 68 CP, se dice textualmente que “el art. 68 CP, cuando remite al art. 66 CP, no excluye ninguna de sus reglas, entre ellas las regla 8ª”.

remisión a lo dispuesto en el art. 66. En conclusión, a nuestro juicio, resulta aplicable junto al art. 68 CP la regla 2ª del art. 66.1 CP, que habrá que entender que se refiere a todas las circunstancias atenuantes del art. 21, salvo las del apartado 1º, que tienen previsto su efecto punitivo especial en el art. 68 CP.

En el caso de que concurran varias eximentes incompletas, si es posible que éstas se acumulen con otras atenuantes, no hay ningún inconveniente en que ellas mismas también lo hagan.

Por último, y en cuanto al carácter facultativo o preceptivo de la rebaja en grado, la LO 15/2003 ha asumido también en este punto el criterio barajado por la jurisprudencia y ha cambiado la expresión «podrán imponer...», que se contenía en la redacción originaria del art. 68 CP, por una de más claro carácter imperativo: «impondrán...»<sup>297</sup>.

## 5. Determinación de la pena en las faltas

La determinación de la pena en las faltas tiene un régimen específico. Todas estas reglas de determinación de la pena que hemos visto, salvo las de los concursos, **no rigen** en el ámbito de las faltas. Según el **art. 638 CP**, «en la aplicación de las penas de este Libro procederán los Jueces y Tribunales, según 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».

En consecuencia, la individualización de la pena en las faltas se deja en manos del arbitrio judicial. Es sin duda el ámbito en que mayor margen de discrecionalidad tiene el juez para individualizar la pena. Sin embargo, discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad, de tal modo que el juez tendrá que justificar, también en las faltas, su decisión. Por este motivo, quizás la exclusión del art. 72 CP no esté completamente justificada, máxime si tenemos en cuenta que las reglas relativas a la determinación de la pena en los concursos sí son vinculantes en el caso de las faltas.

297. La LO 15/2003 también ha suprimido, por innecesaria tras la nueva redacción del art. 72 CP, la aclaración de que la rebaja de la pena se tendrá que hacer «razonándolo en la sentencia...».

## 6. Criterios de individualización judicial de la pena

Para concluir esta exposición sobre nuestro sistema legal de determinación de la pena es preciso hacer referencia a la última fase de este proceso, en la cual el órgano judicial acaba fijando la pena final que el condenado tendrá que cumplir. La fase final de la determinación de la pena es la **individualización judicial de la pena**, que actúa sobre el marco penal concreto previamente determinado, y en ella rige la libertad del Juez para escoger como pena final cualquiera de aquéllas que se encuentre entre la cifra máxima y mínima de dicho marco, ambas inclusive.

Esta concreción final de la pena a imponer queda, por tanto, sometida al **arbitrio judicial**. Pero es importante recalcar que este arbitrio no puede confundirse con arbitrariedad. La determinación de la pena final ha de orientarse con arreglo a algunos principios, algunos de los cuales ha fijado expresamente el propio Código<sup>298</sup>. Aunque se pretende que el Juez quede vinculado por ellos en esta última fase de concreción de la pena, sin embargo, la ponderación de los mismos no está tasada y se deja en manos del propio Juez. Estos principios o criterios a los que debe ajustarse el Juez en la individualización de la pena son los siguientes:

- 1º. En los casos en que el delito se dé en grado de *tentativa*, los criterios son el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado (art. 62).
- 2º. En el caso de rebaja por *dos o más atenuantes o una o varias muy calificadas* el criterio a seguir será el número o entidad de dichas circunstancias (art. 66.1.2ª).
- 3º. En el supuesto de *multirreincidencia* se atenderá a las condenas precedentes, así como a la gravedad del nuevo delito cometido (art. 66.1.5ª).
- 4º. Cuando *no concurran atenuantes ni agravantes* la individualización de la pena se hará en función de las circunstancias personales

298. Véase al respecto, entre otros, DEMETRIO CRESPO, «Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código penal español de 1995», ADPCP 1997, 323 ss.

del delincuente y de la mayor o menor gravedad del hecho (art. 66.1.6ª).

- 5º. En el supuesto de disminución en grado por *eximente incompleta*, el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales del autor, sin perjuicio de aplicar también los criterios previstos en el art. 66 (art. 68).
- 6º. En el caso de determinación de la *cuantía* de la pena de multa el criterio decisivo es la situación económica del reo. Así, para la multa impuesta con arreglo al sistema de los días-multa, los Jueces o Tribunales tendrán en cuenta «exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo» (art. 50.5). Para la multa proporcional, «los Jueces y Tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable» (art. 52.2).
- 7º. En las *faltas*, el art. 638 obliga a atender «a las circunstancias del caso y del culpable». La expresión «circunstancias» puede interpretarse en un sentido amplio, incluyendo no sólo las atenuantes y agravantes de los arts. 21 y ss., sino también las demás que afecten al hecho y al sujeto.



## CAPÍTULO VII

# Medidas de corrección y de seguridad

## § 25. El doble sistema de penas y de medidas

### 1. Origen y evolución del sistema de doble vía

Una de las novedades más significativas del CP/1995 reside en la articulación, en su seno, de un sistema de medidas de seguridad y de corrección<sup>299</sup>, rompiendo con la técnica, tradicional en nuestro Derecho, de remitir la regulación de esta materia a leyes especiales.

Podemos empezar por recordar, en sus rasgos fundamentales, el sentido de la contraposición entre penas y medidas de seguridad (*supra* § 2). Frente a la concepción retributiva de la pena, que dominó durante buena

299. Sobre las medidas de seguridad, véanse, entre otros, BERISTAIN IPIÑA, *Medidas penales en el Derecho contemporáneo (teoría, legislación positiva y realización práctica)*, Ed. Reus, Madrid, 1974; DE JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español. Un estudio de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 y de la doctrina de la sala de apelación de peligrosidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1976; ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986; SANZ MORÁN, «Medidas de seguridad y de corrección en el Código Penal», RDP 1 (2000), 29 ss.; *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003; SIERRA LÓPEZ, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1997; TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Ed. Akal, Madrid, 1981.

parte del siglo XIX por la doble influencia de la Escuela clásica italiana y la dirección neohegeliana en Alemania [*supra* § 4.4.a).ε)], los autores de la *Escuela positiva italiana* propusieron un cambio radical del modelo: en lugar de la pena, como retribución del comportamiento culpable, sugieren la articulación de un sistema de “sustitutivos”, de naturaleza terapéutica y pedagógica fundamentalmente, aunque también asegurativa, que hiciese frente a la *temibilità* o peligrosidad del sujeto. Las respuestas más significativas que suscitó esta propuesta fueron, principalmente dos: por un lado, la de VON LISZT, quien con su «Programa de Marburgo» y sus «Tareas político-criminales» formula un concepto de “pena-final” (*Zweckstrafe*), que esté en condiciones de colmar las exigencias preventivo-especiales puestas de manifiesto por los positivistas italianos [*supra* § 4.4.a).ζ)]; y por otro lado, la de Carl STROOSS, a través de su Anteproyecto de CP suizo de 1893, quien propondrá una *solución de compromiso*: mantenimiento de la pena, concebida por él en sentido retributivo, e incorporación de las medidas de seguridad y corrección allí donde la imposición de la pena no es posible (sujetos inimputables) o resulta insuficiente (delincuencia habitual, por ejemplo). Culpabilidad y peligrosidad aparecerán, entonces, como fundamento respectivo de la imposición de penas y medidas. Por otra parte, esta primera versión del modelo “dualista” o de “doble vía” (que acabaría por imponerse) se caracterizó por la posibilidad de acumular las dos clases de sanciones.

La evolución posterior supondrá una importante quiebra de este esquema originario. Pena y medidas van a ir experimentando una progresiva aproximación. El concepto de pena perderá el sentido retributivo, orientándose prioritariamente en clave preventivo general y especial. Recuérdese sólo cómo la “vuelta a Liszt”, proclamada por los autores del AE ha tenido reflejo inmediato en numerosas reformas legislativas producidas en las últimas décadas en los sistemas penales de nuestro entorno cultural y teñidas, casi siempre, de una fuerte coloración preventivo-especial (basta mencionar las distintas técnicas sustitutivas de la pena privativa de libertad). Por otra parte, desde que KOHLRAUSCH denunciara el “fraude de etiquetas” (*Etikettenschwindel*) que comportaba la aplicación del modelo dualista, no ha dejado de cuestionarse la compatibilidad del sistema de medidas de seguridad con los postulados básicos del Estado de Derecho. La crítica se centra, especialmente, en la indeterminación temporal de las medidas (éstas se

prolongan, en principio, mientras persista la peligrosidad que fundamenta su imposición), así como en la posibilidad de acumular penas y medidas con base en unos mismos hechos. Frente al pensamiento “defensista”, se irá destacando la necesidad de extender a las medidas de seguridad el conjunto de postulados garantistas que rodean la imposición de la pena. De la misma forma, la rígida acumulación de pena y medida, característica del sistema dualista originario, se irá reemplazando por la técnica de ejecución conocida como “sistema vicarial o sustitutivo”, en cuya virtud, allí donde venga aconsejada la imposición conjunta de pena y medida (por ejemplo, en el caso de los semiimputables), la ejecución de la medida precederá a la de la pena, imputándose su duración a la de ésta, y pudiéndose prescindir, además, del cumplimiento del resto de la pena en función del resultado de la ejecución de la medida.

## 2. Breve historia de la legislación española sobre medidas

Hagamos referencia ahora, también muy rápidamente, a la evolución de nuestro Derecho positivo en relación a las medidas de seguridad y de corrección. Las medidas de seguridad se incorporan por primera vez a nuestro sistema penal en el **CP/1928**, muy influido en la regulación de esta materia por el Proyecto Ferri de 1921. Bien es cierto que podría decirse que las medidas de seguridad existían ya en Códigos anteriores<sup>300</sup>.

Con el posterior orden legal republicano, las medidas de seguridad saldrían del CP para ubicarse en una ley especial, hasta que el CP/1995 las volvió a incorporar a su seno. Se suceden así, primero la **Ley de Vagos y Maleantes de 1933**, cuya paternidad se suele atribuir a JIMÉNEZ DE ASÚA y a Mariano RUIZ-FUNES, y que prolongaría su vigencia más allá de lo que duró el

300. Por ejemplo, el art. 8.1 CP de 1848 contemplaba el internamiento del loco o demente declarado exento de responsabilidad criminal en un hospital, del que no podía salir sin autorización del tribunal.

Sobre la evolución histórica de la medida de seguridad, véanse, entre otros, BÉRISTAIN IPIÑA, *Medidas penales*, 37 ss.; DE JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad*, 23 ss.; ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, 101 ss.; TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, 31 ss.

Código republicano. Concretamente estuvo en vigor hasta la aprobación de la **Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social** (LPRS), la cual, a su vez, ha sido el precedente inmediato de la actual regulación de las medidas de seguridad que figura en el **CP/1995**.

Son bien conocidos los defectos fundamentales de la LPRS, no corregidos en las sucesivas reformas parciales que experimentó. Así, el presupuesto para la imposición de la medida de seguridad lo constituía una vaga "peligrosidad social"; cabía además imponer medidas predelictuales, esto es, no vinculadas a la previa comisión de un delito; y finalmente, era posible acumular de forma ilimitada penas y medidas, caso de que vinieran en consideración las dos clases de sanciones (sistema dualista puro).

La **Reforma Urgente y Parcial del CP de 1983** introdujo el sistema *vicarial* en lo que se refiere a las medidas aplicables a los sujetos semiimputables (arts. 9.1 y 9.3), así como para el supuesto de internamiento previsto en el art. 452 bis c) (prostitución). Por otra parte, el **TC** (SSTC 23/1986; 21/1987 y 107/1989), había rechazado la viabilidad de las medidas predelictuales, llegando incluso a negar la posibilidad de imponer conjuntamente penas y medidas de seguridad con base en unos mismos hechos. La situación legislativa era insostenible: la LPRS, formalmente vigente, no era, sin embargo, objeto de aplicación, limitándose, de hecho, la vía de las medidas a aquellas previstas en el propio CP. El CP/1995 deroga expresamente la LPRS [Disposición Derogatoria única, punto 1, letra c)], y regula las medidas de seguridad (fundamentalmente en los arts. 95 ss.).

## § 26. Concepto, naturaleza, fundamento y legitimidad de las medidas

### 1. Concepto y naturaleza

1. Según SANZ MORÁN, las medidas de seguridad constituyen "un mecanismo jurídico-penal de respuesta al delito, complementario de la pena,

aplicado conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, en atención a la peligrosidad del sujeto, con finalidad correctora o asegurativa<sup>301</sup>.

Esta definición ya nos permite advertir que si las medidas tienen como finalidad principal la prevención de futuros delitos por parte del sujeto concreto a que se imponen, es decir, la prevención especial, este propósito puede alcanzarse empleando técnicas muy diversas. Toda esta multitud de técnicas puede agruparse principalmente en torno a dos tipos de medidas: bien medidas de tipo asegurativo o de inocuización, o bien procedimientos de corrección del sujeto (educativos, curativos, asistenciales, etc.). Por ello, como señala LUZÓN PEÑA, “aunque su nombre abreviado y usual es el de medidas de seguridad, también se las denomina «medidas de seguridad y corrección»<sup>302</sup>.

2. Como ya hemos indicado en otro momento [*supra* § 4.2.d).i.], la pena tiene una naturaleza aflictiva o retributiva, puesto que se configura como un mal que se aplica con el propósito de producir un sufrimiento a quien la padece. Conforme a ello, cabe entender que la pena obedece al hecho de haber cometido un injusto culpable, si bien ello no obsta a que con su imposición se persigan también fines preventivos. Por el contrario, la medida de seguridad carece de naturaleza retributiva, porque no responde

301. SANZ MORÁN, *Las medidas*, 71.

Otras definiciones de medidas de seguridad que se pueden citar corresponden a ANTÓN ONECA, para quien las medidas de seguridad son “privaciones de bienes jurídicos, que tienen por finalidad evitar la comisión de delitos; pero así como las penas se determinan por el hecho punible y se orientan de modo predominante a la prevención general, las medidas de seguridad se aplican en función al sujeto peligroso y se ordenan a la prevención especial” (*PG*<sup>2</sup>, 620); y a SAINZ CANTERO, para quien “la medida de seguridad consiste en una privación de bienes jurídicos que se propone evitar la comisión de delitos, y que, tomando como base y fundamento la peligrosidad del sujeto, se orienta a la prevención especial (corrección, curación, separación o inocuización o advertencia individual)” (*Lecciones*<sup>3</sup>, 22).

302. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 25. También utiliza esta denominación, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, «Las medidas de seguridad y corrección en el nuevo Código Penal», *PJ* 43-44 (1996), 85 ss.; SANZ MORÁN, RDP 1 (2000), 29 ss.; *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003, 75, otorgando preferencia, igual que la rúbrica utilizada por el legislador alemán, a los contenidos correctores. Sobre estas cuestiones terminológicas, véase también, entre otros, CEREZO MIR, *PG* I<sup>5</sup>, 33 n. 85, quien sugiere la de «medidas de seguridad y reinserción social» (le sigue GRACIA MARTÍN, *Lecciones*<sup>3</sup>, 386).

a la comisión culpable de un hecho delictivo, sino que supone tan sólo un instrumento asegurativo de la peligrosidad del sujeto. Su finalidad inmediata no es producir un sufrimiento al individuo, sino evitar que éste cometa un delito, aunque para ello a menudo consista en la restricción de bienes y derechos de la persona. Las medidas no suponen la amenaza de un mal para el caso de que se cometa un delito, sino un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo. Por eso, mientras que la pena se inflige por un delito cometido, la medida de seguridad se impone como medio de evitarlo, de cara al futuro.

En atención a esta finalidad, mientras que la medida de la pena viene determinada por la gravedad del hecho y por la culpabilidad del autor, debiéndola determinar el juez dentro del marco legalmente establecido; por el contrario, las medidas de seguridad dependen de la peligrosidad del sujeto, y mientras ésta perdure, en principio, la medida debería cumplirse, si bien el respeto a la dignidad humana y al principio de proporcionalidad impide que tengan una duración indefinida o ilimitada. Por tanto, la medida de seguridad más que un castigo es una medida preventiva o asegurativa.

## 2. Fundamento de la medida: la peligrosidad criminal postdelictual

Pese a que las dos sean consecuencias que se derivan de la comisión de un delito, sin embargo, pena y medida de seguridad responden a presupuestos y finalidades distintos<sup>303</sup>.

303. Véase el esquema de diferencias entre la pena y la medida de seguridad que ofrece ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, 80 s.

	Pena	Medida de seguridad
<i>Fundamento</i>	Culpabilidad	Peligrosidad
<i>Límite</i>	Gravedad del delito (injusto y culpabilidad)	Intensidad y persistencia de la peligrosidad
<i>Contenido</i>	Aflictivo	Aflicción es sólo un efecto acompañante
<i>Objetivo</i>	Prevención general y especial	Prevención especial
<i>Sujetos</i>	Imputables	Imputables y semiimputables

En efecto, mientras que la pena se impone al culpable de un delito, por tanto, tiene como presupuesto la culpabilidad, la medida de seguridad, por el contrario, se impone precisamente a aquellos que carecen de capacidad de culpabilidad o bien la tienen disminuida. Frente a estos sujetos la imposición exclusivamente de una pena carecería de legitimidad, porque en el caso de los inimputables, falta su presupuesto, y en el caso de los semii-imputables, porque la pena puede resultar insuficiente para hacer frente a la peligrosidad de estos delincuentes<sup>304</sup>.

Esto nos pone de manifiesto una primera diferencia entre la pena y la medida de seguridad. Mientras que la primera se impone al culpable de un delito, la medida tiene como razón de ser la *peligrosidad del sujeto*.

### a) *Concepto y clases de peligrosidad*

1. Al señalar que el presupuesto de la medida de seguridad es la peligrosidad del sujeto, no queda delimitado, sin embargo, cuál sea el ámbito de aplicación de la medida, puesto que existen muchas clases de peligrosidad.

Por de pronto, podemos definir la *peligrosidad*, siguiendo a ROMEO CASABONA, como “aquella cualidad de alguien o algo para producir un peligro, esto es, el riesgo o contingencia de que suceda algún mal con mayor o menor inmediatez... En Derecho, generalmente, este concepto hace referencia a la *cualidad* de una persona –llamada peligrosa– en la cual se aprecia la probabilidad más o menos próxima de que pueda realizar una acción socialmente dañosa, constitutiva o no de delito. Esta definición, amplia de peligrosidad, se conoce también como *peligrosidad social*... Más específicamente, en Derecho penal se habla de... la llamada *peligrosidad criminal*, cuando la acción temida de la persona peligrosa constituye una infracción criminal (delito o falta), o, más propiamente, un hecho típico y antijurídico”<sup>305</sup>.

304. Así lo recalca la doctrina. Por todos, véanse los trabajos de CEREZO MIR, «El tratamiento de los delincuentes habituales en el Borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General», LH-J. del Rosal (1993), 249 ss.; «Medidas de seguridad aplicables a las personas exentas de responsabilidad penal por padecer una anomalía o alteración psíquica», LH-Barbero Santos I (2001), 927 ss.

305. ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, 13-15.

2. Una primera clasificación de la peligrosidad distingue, por tanto, entre una peligrosidad criminal y una peligrosidad social, según que la acción temida sea o no, respectivamente, constitutiva de delito.

Además de esta distinción es también posible clasificar la peligrosidad en atención a que la misma requiera la previa comisión de un delito o no. En este caso se habla de *peligrosidad predelictual*, para cuando no requiera la previa comisión del delito, y de *peligrosidad postdelictual*, cuando sí lo exija.

Con respecto a esta clasificación entre peligrosidad predelictual y postdelictual conviene aclarar que en ninguno de los dos supuestos el delito se convierte en el fundamento de la peligrosidad. Ni tan siquiera en la peligrosidad postdelictual, en la cual en una primera aproximación pudiera parecerlo. En ella, como dice ROMEO CASABONA, el delito es sólo “un factor indiciario o sintomático de especial significación para el juicio de peligrosidad”, pero en cualquier caso dicho juicio “podría ser igualmente acertado con el solo recurso a otros elementos sintomáticos distintos del delito, como sucede en la peligrosidad predelictual”<sup>306</sup>.

Con todo, no se puede obviar que la exigencia de la previa comisión de un delito supone una importante garantía de seguridad jurídica, puesto que disminuye notablemente los factores de incertidumbre que rodean el juicio de pronóstico que supone la peligrosidad (*nulla periculositas sine crimen*).

### b) *El juicio de peligrosidad*

La comprobación de la peligrosidad de algunas personas no es una tarea sencilla. Además, como sucede en cualquier juicio de pronóstico, siempre está presente un cierto factor de intuición que puede generar inseguridad. Pese a ello la ciencia penal, sobre todo la criminológica, se ha ocupado de esta cuestión, intentando reducir lo máximo posible esa intuición.

En el juicio de peligrosidad se pueden distinguir dos momentos: el diagnóstico de peligrosidad y la prognosis criminal<sup>307</sup>.

306. ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, 44.

307. Sobre el juicio de peligrosidad, véanse, entre otros, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*<sup>3</sup>, 394 ss.; LÓPEZ-REY Y ARROJO, «Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad», CPC 1983, 19 ss.; MAQUEDA ABREU, «Peligrosidad criminal: análisis del concepto. Origen, evolución y significado actual», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* 5 (1999), 11 ss.;

1. En la fase de *diagnóstico* se trata de dilucidar la cuestión de si el sujeto reúne los síntomas y características indiciarios de su supuesta peligrosidad. Para ello, en primer lugar, habrá que tener en cuenta que se haya cometido un delito. Está comprobado que vencidas una vez las inhibiciones y resistencias psíquicas que existen para la realización de un determinado acto, luego resulta necesario un esfuerzo mucho menor para su repetición. Bien es cierto que la forma concreta de ejecución del delito y su contexto pueden revelar aspectos muy significativos de la personalidad del delincuente, y puede servir de gran utilidad para desentrañar su auténtica condición de peligroso. Por ejemplo, el bien jurídico lesionado, el ensañamiento o la violencia empleada en la lesión, la habilidad o pericia en la ejecución del delito, todos ellos pueden ser datos indicadores de que estamos ante una personalidad patológica, un delincuente profesional, o un sujeto carente de toda clase de valores morales con un absoluto desprecio por las normas jurídicas y los valores que encarnan. Pero la mera comisión de un delito no constituye un síntoma suficiente. Otro síntoma esencial en la constatación de la peligrosidad del sujeto es que éste quede encuadrado en alguna de las categorías de estado peligroso previstas en la ley.

El CP/1995 únicamente reconoce dos categorías de estado peligroso:

- 1) los *inimputables*, entre los que se comprenden los que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas (arts. 20.1 y 101 CP), los que al tiempo de cometer el hecho se encuentre en un estado de intoxicación plena por la ingestión de determinadas sustancias o bajo un síndrome de abstinencia por su dependencia a estas sustancias (arts. 20.2 y 102 CP), y los que padezcan alteraciones en la percepción (arts. 20.3 y 103 CP), siempre y cuando en cualquiera de estos casos quede excluida completamente su capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión; y
- 2) los *semiimputables*, entre los que se comprenden los mismos sujetos anteriores cuando las causas que afectan a su imputabilidad no

---

ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, 30 ss.; «Peligrosidad», NEJ t. XIX (1989), 283 ss.; SANZ MORÁN, *Las medidas*, 91 ss.; VIVES ANTÓN, «Métodos de determinación de la peligrosidad», en *Peligrosidad social y medidas de seguridad. (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970)*, Ed. Universidad de Valencia, 1974, 389 ss. [=La libertad como pretexto, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1995, 17 ss.].

determinen una exclusión plena de la misma, por lo que no pueden quedar exentos de responsabilidad penal, sino que se les aplica una eximente incompleta (arts. 21.1 y 104 CP).

Con todo, para una apreciación de la peligrosidad con los menores riesgos posibles, no será suficiente con la comprobación de la concurrencia de estos dos factores (la comisión del delito y la presencia de un estado peligroso), sino que aún será preciso que se complete el estudio de la personalidad del individuo con otros factores de tipo biológico, psicológico y sociológico del propio sujeto que puedan revestir importancia, en uno u otro sentido, en el diagnóstico de peligrosidad.

2. En la fase de *prognosis*, y a la vista de los resultados obtenidos anteriormente, se procede entonces a formular el verdadero juicio de peligrosidad, poniendo en conexión la cualidad peligrosa del sujeto con el futuro criminal del sujeto, es decir, se procede a realizar un pronóstico acerca de la probabilidad de que el sujeto realice hechos delictivos en el futuro. Claro está, pretender predecir el futuro es imposible. No se puede decir con total seguridad lo que va a suceder, por lo que el pronóstico de peligrosidad tendrá que limitarse a expresar sencillamente un grado de probabilidad, que en algunos casos, los más extremos, podrá acercarse a predecirlo con una alta fiabilidad, pero que irremediablemente su grado de credibilidad irá disminuyendo en las zonas intermedias. Como métodos de prognosis criminal se utilizan los siguientes<sup>308</sup>:

- 1) el *método intuitivo*, que ha sido el tradicionalmente utilizado en la praxis, y que se basa en las apreciaciones subjetivas del juez sin apoyo científico ni técnico alguno; su fiabilidad es muy escasa y corre el peligro de perder la objetividad;
- 2) el *método científico*, que frente al anterior tiene mayor credibilidad, y se basa en la exploración individualizada de la personalidad del delincuente por especialistas y técnicos mediante procedimientos científicos; y
- 3) el *método estadístico*, que se basa en la utilización de unas tablas de predicción, creadas sobre todo por criminólogos norteamericanos y alemanes, y se trata de elaborar un cálculo de probabilidades com-

308. Más detalles, entre otros, en SANZ MORÁN, *Las medidas*, 96 ss.

parando las características del examinado con las que aparecen en la tabla y asignarles a aquéllas una puntuación. La magnitud global resultante dará un pronóstico más o menos desfavorable.

### c) *Peligrosidad predelictual versus peligrosidad postdelictual*

Se ha dicho que sólo la peligrosidad criminal puede tener naturaleza penal, puesto que la función que corresponde al Derecho penal, y hasta ahora no se ha podido sustituir por otro instrumento, es la de proteger los bienes jurídicos a través de la prevención de las conductas delictivas. Ello puede parecer admisible cuando la peligrosidad criminal se ve reforzada por la previa comisión de un delito, esto es, cuando se trata de una *peligrosidad criminal postdelictiva*. En ella, el delito juega, entonces, un doble papel: como presupuesto de la peligrosidad y como indicio o indicador de la misma. En cambio, si de una *peligrosidad criminal predelictiva* se tratase, al delito tan sólo podrá asignarse, por definición, una función de previsión, y nunca de presupuesto de la peligrosidad. Por ello, algunos autores consideran que las medidas de seguridad que se apoyan en una peligrosidad criminal predelictiva, o incluso meramente social, carecen de naturaleza penal<sup>309</sup>.

En efecto, las medidas de seguridad predelictuales no pueden pertenecer al Derecho penal, porque no se adecuan a las exigencias básicas del Derecho penal moderno. Como señala TERRADILLOS BASOCO, “el principio de legalidad y su corolario, la seguridad jurídica, se burlan al admitir la [medida de seguridad] predelictual, y son sustituidos por la confianza en el juez bueno. Es decir, se sustituye la garantía por la fe. Pero en materia penal, cuando tantos y tales bienes del individuo peligroso y de la sociedad toda están en juego, la ingenuidad se paga con precios prohibitivos”<sup>310</sup>.

309. Sobre esta distinción véanse, entre otros, DE JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, 89-90; o también RODRÍGUEZ MOURULLO, quien considera que “sólo las medidas postdelictivas pertenecen al Derecho Penal, en tanto su presupuesto de aplicación es la peligrosidad criminal revelada a través de la comisión –aunque sea inculpable– de un hecho legalmente descrito como delito («acción conminada con pena»). Si falta este punto de entronque, la medida no puede ser incluida en el ámbito del Derecho Penal”. “Las medidas predelictivas, que se apoyan en la mera peligrosidad social «sin delito», constituyen medios de policía pertenecientes al Derecho Administrativo” (PG, 17).

310. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, 199.

La aplicación de este tipo de medidas, señalan otros autores, pone en grave riesgo los derechos fundamentales del individuo, y por tanto, su admisibilidad no está justificada<sup>311</sup>, incluso cabría calificarla de inconstitucional<sup>312</sup>.

A todo ello cabría añadir razones de Política Criminal que justifican la exigencia de la previa comisión de un delito, pues así se evita una desmesurada e innecesaria intervención del Derecho penal<sup>313</sup>.

El CP/1995, acertadamente, ha proscrito de su articulado las medidas de seguridad predelictuales. En un principio, como resalta SILVA SÁNCHEZ, el art. 1.2 CP no impediría la existencia de tales medidas, sin embargo, “tan pronto como dicho precepto se pone en conexión con el artículo 6 del Código –pilar básico de la regulación legal de las medidas de seguridad– queda claro que toda medida de seguridad jurídico-penal habrá de ser necesariamente postdelictual, de modo que cualquier posible duda derivada de una *interpretación meramente gramatical* del término «presupuestos» queda disipada por la vía de la imprescindible *intepretación sistemática*”<sup>314</sup>.

El art. 1.2 CP dispone que «las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley». El art. 6.1 CP establece que «las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del

311. Véase, entre otros, BERISTAIN IPIÑA, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, 80; DE JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad*, 92.

312. Como es sabido, la LPRS daba cabida en nuestro ordenamiento a las medidas de seguridad predelictuales. No obstante, varios pronunciamientos del TC pusieron en tela de juicio su constitucionalidad al otorgar el amparo solicitado (véanse, las SSTC 159/1985, de 27 de noviembre; 23/1986, de 14 de febrero; 21/1987, de 19 de febrero; 131/1987, de 20 de julio). Sobre esta jurisprudencia constitucional, véanse, entre otros, GARCÍA ALBERO/MORALES PRATS, «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad. ¿Réquiem por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social?», LL 1991-1, 1142 ss.; MUÑOZ CONDE, «Las medidas de seguridad: eficacia y ámbito de aplicación ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», LL 1991-3, 827 ss.; SANZ MORÁN, *Las medidas*, 149 ss.; VIVES ANTÓN, «Constitución y medidas de seguridad», PJ 3 (1986), 91 ss.

313. Véase, a este respecto, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», en *Peligrosidad social y medidas de seguridad. (La Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, 363, para quien la exigencia de la previa comisión de un delito para la apreciación de la peligrosidad criminal “refuerza el pronóstico de peligrosidad, fortalece la vigencia del principio de legalidad y reduce a límites tolerables la función preventiva”.

314. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 17-18.

sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito». Y el art. 95.1 CP concreta luego lo dispuesto en estos artículos, indicando que «las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias: 1ª. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. 2ª. Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos».

### 3. Legitimidad de las medidas: respeto a la dignidad humana

1. Al tener las medidas de seguridad como fundamento la peligrosidad criminal del sujeto y como finalidad la preventivo-especial principalmente, se plantea la duda de si está suficientemente legitimada la intervención del Estado de este modo, privando a alguien de algún bien jurídico protegido. Como dijera las teorías absolutas con respecto a la pena [*supra* § 4.4.b). i.], si se impone al delincuente una pena para que no vuelva a delinquir, ¿no se estaría convirtiendo al hombre en instrumento o medio para conseguir un determinado fin, cuando el hombre es un fin en sí mismo (diría KANT), o se le estaría tratando como a un animal (diría HEGEL)?

De hecho, durante la II Guerra Mundial, es bien sabido que planteamientos preventivos extremos, basados en una supuesta peligrosidad o dañosidad social de ciertas personas (judíos, gitanos, comunistas, vagabundos, tullidos, enfermos, violadores, etc.), condujeron a la imposición de medidas totalmente aniquiladoras de la dignidad humana.

Tras los abusos cometidos durante esta época, la fundamentación de las medidas de seguridad no pudo dejar de tomar en cuenta la dignidad humana como límite irrenunciable. En esta dirección se encuentra la opinión de WELZEL, quien ofrecería una fundamentación ético-social de las medidas de seguridad que ha tenido amplia repercusión<sup>315</sup>.

315. Según este autor, “al igual que en la pena, con los principios de utilidad y finalidad de las medidas de seguridad, no se logra en modo alguno justificar la intervención en contra del individuo. La eliminación (supresión o inocuización) de seres

Para este autor las medidas de seguridad reposan sobre el principio general ético-social de que sólo puede participar plenamente en la vida en comunidad el que es capaz de obedecer sus normas. "Toda libertad exterior o social –dice WELZEL– se justifica sólo en base a la posesión de la correspondiente libertad interior o moral. El que no es apto para tener esa libertad interior, dirigida por una autodeterminación ética (como los enfermos mentales) o que a raíz de predisposiciones, vicios y hábitos perniciosos ya no tiene el suficiente dominio sobre ella, no puede exigir la plena libertad social"<sup>316</sup>.

A este punto de vista general, WELZEL añade otros múltiples momentos éticos concretos. Así, frente a los enfermos mentales o a las personas con imputabilidad disminuida, el deber del Estado es curarlas y asistirlas; frente a los menores y vagos, el deber del Estado es resocializarlos a través de un tratamiento educativo, etc. De esta manera, la medida de seguridad se encuentra justificada tanto desde un punto de vista social como desde una perspectiva individual, porque detrás del interés de la comunidad de recuperar la libertad interior del individuo, se encuentra el verdadero bien de éste. La medida de seguridad aparece entonces como un medio dirigido a la recuperación de la libertad interior.

Por tanto, según WELZEL, la fundamentación ética de las medidas tendría un doble origen: la necesidad de restaurar el equilibrio entre la libertad «interior» y la «exterior», reclamada por las exigencias de una normal participación del ciudadano en la vida comunitaria (fundamento genérico, válido para el delincuente de estado), y el derecho y deber del Estado de curar, ayudar o educar a determinadas personas (enfermos, semiimputables, vagos, menores, etc.).

2. La tesis de WELZEL ha sido criticada, con razón, desde diversos puntos de vista. Por un lado, porque la carencia de libertad interna, en principio, únicamente legitimaría la intervención con respecto a los inimputables, pero

---

antisociales (delincuentes, enfermos mentales, enfermos contagiosos, políticos desacreditados, etc.) puede ser considerablemente útil y efectiva para la comunidad; pero hasta qué punto y cómo la intervención frente al afectado puede ser justificada, no resulta de la sola utilidad para la comunidad, sino de su admisibilidad ética frente al afectado" (*DP*<sup>11</sup>, 334).

316. WELZEL, *DP*<sup>11</sup>, 335.

no, por ejemplo, de los delincuentes habituales peligrosos, que son declarados plenamente culpables y, por tanto, “libres”. Por otro lado, resulta muy criticable en cuanto que la libertad exterior o social no ha de depender de las particularidades del sujeto (inimputable), sino que se deriva de su propia condición de persona humana. Por estos y otros motivos han surgido diversas opiniones que han pretendido superar este planteamiento ético-social.

Como señala SANZ MORÁN, “de los criterios surgidos a tal fin, ha encontrado muy amplia acogida el propuesto, por vez primera, por NOWAKOWSKI –y desarrollado después por STRATENWERTH–, en el sentido de acudir al principio del interés preponderante: la medida de corrección o de seguridad estará legitimada siempre y cuando las necesidades públicas de seguridad frente a la peligrosidad criminal del delincuente pesen más que los derechos individuales de éste”<sup>317</sup>.

A mi modo de ver, este criterio del interés preponderante no deja de limitarse, al final, también desde un punto de vista ético, pues, en definitiva, la imposición de la medida de seguridad dependerá del respeto a la dignidad humana. Si se prescinde de estos límites se vuelve a incurrir en el riesgo de utilizar al hombre, a cualquier costa, con el fin de alcanzar el bien social. Incluso en aquellos casos en que la intervención del Estado encuentra su justificación desde el punto de vista del interés preponderante, ésta ha de someterse también a otras consideraciones éticas, porque jamás podrá estar justificada una intervención tal, que comporte un deterioro de componentes esenciales de la personalidad, como sucede, por ejemplo, con la castración o con la lobotomía<sup>318</sup>.

317. Sobre estas propuestas de superación de los planteamientos ético-sociales, véase, entre otros, SANZ MORÁN, *Las medidas*, 81 ss., la cita en 81-82. Entre autores que justifican las medidas de seguridad desde la perspectiva de la ponderación de intereses, que él califica que se ha convertido en criterio dominante, cita a FIGUEIREDO DIAS, HANACK, KAISER, ROXIN, SCHROTH y STRENG (82 n. 118).

318. Cabe recordar, como ha hecho RODRÍGUEZ MOURULLO, que ninguno de los 2.006 delincuentes sexuales que fueron castrados en Alemania, desde el 1 de enero de 1934 hasta el 31 de diciembre de 1940, reincidió (RGLJ 1965, 785), pero ello no justifica dichas castraciones, antes al contrario. “El empleo de ciertas medidas de seguridad queda proscrito ya de antemano cuando, lejos de operar en pro de la recupera-

En España, RODRÍGUEZ MOURULLO, primero, y luego DE JORGE BARREIRO, entre otros muchos autores, han defendido el fundamento ético-social de las medidas de seguridad<sup>319</sup>. “A través de este carácter ético social, las medidas de seguridad superan su etapa utilitarista de la defensa social y se insertan en un mundo valorativo propio de nuestra disciplina. El Derecho Penal ha de respetar, en su doble función retributiva y preventiva, los valores fundamentales del individuo. Para ello, el legislador no debe olvidar, al regular los medios de lucha contra el delito, los criterios ético-sociales que condicionan e informan la actividad de la justicia penal en todo Estado de Derecho”<sup>320</sup>. Recientemente este último autor ha matizado su opinión, en el sentido de acoger la justificación de las medidas de seguridad en atención al principio del interés público preponderante, aunque sin renunciar en ningún momento al principio general del respeto a la dignidad humana<sup>321</sup>.

---

ción de la dignidad humana, destruyen componente esenciales de la personalidad, como sucede, por ejemplo, con la castración” (RGLJ 1965, 784).

También WELZEL llamó la atención sobre los graves atentados contra la dignidad humana que se cometieron apelando a la utilidad social. “A lo que conduce un utilitarismo de este tipo –dice el citado autor– lo han demostrado los Estados totalitarios con su lema: ‘Derecho es lo que beneficia al pueblo (al partido, a la clase, etc.)’. Bajo el predominio de un utilitarismo se ‘expurgaron’ sin limitaciones éticas seres antisociales –delincuentes, enfermos mentales, enfermos contagiosos, enemigos políticos. Únicamente la clara comprensión de que jamás la sola utilidad social puede justificar la aplicación de un medio, sino sólo su admisibilidad ética, y, únicamente el claro reconocimiento de una limitación ética del poder estatal, nos llevará más allá del utilitarismo y nos resguarda de un Poder estatal totalitario” (DP<sup>1</sup>, 334).

Sobre la castración como medida penal, véase, entre otros, QUINTANO RIPOLLÉS, «Castración», NEJ Seix, t. III (1978), 761 ss.

319. Véase, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, RGLJ 1965, 783 ss., luego, siguiéndole, DE JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, 83 ss., ambos apoyándose en WELZEL, en su fundamentación ético-social, igual que hacen, entre otros, CEREZO MIR, PG I<sup>5</sup>, 36; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, DP. *Introducción*<sup>2</sup>, 198 ss.; GRACIA MARTÍN, *Lecciones*<sup>1</sup>, 363 ss.

CEREZO MIR, por ejemplo, ha mantenido, siguiendo al Welzel, la justificación ética en relación con las medidas previstas para inimputables, pero completándolo, que no sustituyéndolo, con el criterio del interés preponderante para el resto de medidas.

320. DE JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, 86.

321. Véase DE JORGE BARREIRO, «Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Crimino-*

El fundamento ético-social de la medida de seguridad, en este sentido, comporta también una auténtica garantía política del ciudadano<sup>322</sup>, por cuanto la idea de la dignidad humana opera entonces como límite del *ius puniendi*.

Por otra parte, hay que tener también en cuenta que el *principio de proporcionalidad* significa igualmente un límite muy importante a la intervención estatal basado en la dignidad humana, y que en el ámbito de las medidas de seguridad adquiere un significado distinto que en la pena, según podremos comprobar más adelante [*infra* § 27.2.b)].

## § 27. La regulación de las medidas en el CP español

### 1. Caracterización del sistema como dualismo mitigado o tendencialmente monista

Ya sabemos que el sistema vicarial se introdujo en nuestro ordenamiento por medio de la reforma del CP de 25 de junio de 1983, al incorporar un nuevo párrafo 2º en el art. 9.1 ACP<sup>323</sup>.

---

*logía*, Ed. UNED, Madrid, 2001, 153. Según este autor “un importante sector de la doctrina penal moderna considera que la justificación de las medidas de seguridad radica en el **principio del interés público preponderante**, fundamentado en la idea de ponderación de bienes, según la cual «puede privarse de libertad cuando su disfrute conduzca con una alta probabilidad a perjuicios ajenos que pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad» [Roxin, *PG*<sup>2</sup> § 3/59]. De esta manera, la idea de salvaguardar los intereses preponderantes fija los límites de la aplicación de las medidas de seguridad, conforme a su idoneidad, necesidad y proporcionalidad, determinándose el interés público preponderante cuando los posibles y futuros hechos delictivos son graves, y la probabilidad de su comisión sea elevada. En todo caso, este planteamiento, que es el más apropiado, ha de estar condicionado por el límite infranqueable, en el marco del Estado de Derecho, del respeto de la dignidad humana”.

322. Así lo remarca RODRÍGUEZ MOURULLO, RGLJ 1965, 784, siguiendo a WELZEL.

323. Anteriormente existía la posibilidad contemplada en el art. 65 CP de sustituir la pena impuesta a un menor de 18 años pero mayor de 16, por una medida de

El CP vigente consagra también el sistema vicarial en el **art. 99**, al establecer que «en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3»<sup>324</sup>.

No obstante, la regulación completa del CP/1995 de las medidas de seguridad puede poner en tela de juicio que verdaderamente se haya recogido el sistema vicarial. En particular, la mala formulación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad, como veremos [*infra* § 27.2.b)], ha servido de base a varios autores para advertir que en realidad nos encontramos más bien ante un modelo de “signo abiertamente monista”<sup>325</sup> o un sistema “cuasimonista”<sup>326</sup>. Particularmente esta confusa formulación del principio de proporcionalidad se advierte también en las

---

internamiento en una Institución especial de reforma. Sin embargo, ello no podía concebirse como una manifestación del sistema vicarial, porque, además de que se trataba de una sustitución en sentido estricto de una pena por una medida, la duración de esa medida de internamiento era «por tiempo indeterminada hasta conseguir la corrección del culpable». Por ello, “lo que pudo ser una importante solución –decía DE JORGE BARREIRO– para paliar los inconvenientes y la rigidez del art. 9.3 CP se ha quedado prácticamente en lo que parecía vaticinar Quintano, es decir, en «letra muerta»” (*Las medidas de seguridad en el Derecho español*, 188).

324. Redacción dada a este precepto por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que ha sustituido la remisión que antes hacía al art. 105 CP, por la actual al art. 96.3 CP, en el cual se ha venido a concentrar el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad que antes estaba fragmentado en estos dos preceptos.

Sobre las novedades que ha introducido la reforma de 2003 en el ámbito de las medidas de seguridad, véase, entre otros, LANDROVE DÍAZ, «La reforma de las medidas de seguridad», LL 2004-2, 1685 ss.

325. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, 35.

326. Véanse, entre otros, GONZÁLEZ RUS, «Artículo 6», en *Comentarios al Código Penal*, Cobo del Rosal (dir.), t. I, EDERSA, Madrid, 1999, 213; DE JORGE BARREIRO, «Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho», en *Modernas tendencias*, cit., 174; SANZ MORÁN, *Las medidas*, 158.

plasmaciones legales del sistema vicarial: en el art. 99 (ya citado), y también en el **art. 104 CP**<sup>327</sup>.

Por todo ello, parece acertada la calificación que hace DE JORGE BARREIRO de nuestro sistema (y también del portugués) como un “dualismo tendencialmente monista”. Según este autor, este sistema se caracteriza por constituir un modelo que “sin abandonar la doble vía (pena y medida de seguridad), tiende a poner en práctica una concepción monista de las consecuencias jurídicopenales del delito, que impida la posibilidad de aplicar a un mismo sujeto, por el mismo hecho, una pena y una medida de seguridad privativas de libertad, y que mantiene la medida de la pena como punto obligado de referencia para la duración de la ejecución de la medida de seguridad privativa de libertad”<sup>328</sup>.

Con toda razón se advierte que mediante este sistema que relaciona la duración de la medida con la de la pena privativa de libertad, se pueden llegar a “consecuencias absurdas y a contradicciones e incoherencias difícilmente subsanables”<sup>329</sup>.

La crítica fundamental que se señala es que resulta muy discutible que la medida de seguridad sólo pueda ser privativa de libertad cuando la pena también lo hubiera sido. Asimismo, tampoco ha desaparecido por completo el sistema dualista puro, porque cuando la pena, ni la medida comportan privación de libertad, parece que corresponde la acumulación de ambas consecuencias.

327. Según este precepto, «en los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99».

328. DE JORGE BARREIRO, «Crisis actual del dualismo...», 172 ss. En sentido similar, véase también SANZ MORÁN, *Las medidas*, 158; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, 35 ss.

329. DE JORGE BARREIRO, «Crisis actual del dualismo...», 163 n. 96. Además, también critica la disposición final del art. 99 CP que permite sustituir el resto de pena por otras medidas de seguridad no privativas de libertad [en Rodríguez Mourullo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, 313; «Crisis actual del dualismo...», 179].

## 2. Principios generales en la imposición de las medidas

A lo largo del Tít. Preliminar del CP/1995 se encuentra una serie de referencias, algunas de las cuales se desarrollan después en el Tít. IV del Lib. I, a los principios básicos que rigen el derecho de medidas. Algunos de estos principios suponen la extensión a este ámbito del conjunto de garantías, características del Estado de Derecho, presentes en la imposición de la pena (en particular, las derivadas del principio de legalidad); otros, por el contrario, son propios del derecho de medidas y se desprenden de su fundamento y límites<sup>330</sup>.

### a) Límites derivados del principio de legalidad

El Tít. Preliminar del CP/1995 comienza recogiendo las cuatro tradicionales garantías (criminal, penal, jurisdiccional y ejecutiva) en que se concreta el principio de legalidad. Estas garantías aparecen ahora referidas también, de manera expresa, al ámbito de las medidas de seguridad y corrección. El **art. 1.2 CP** establece que «las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley»; y el **art. 3** se refiere conjuntamente a la garantía jurisdiccional (apart. 1) y a la legalidad en la ejecución (apart. 2) de penas y medidas. No obstante, las menciones que de la ejecución de medidas de seguridad encontramos en la LO 1/1979, de 26 de diciembre, General Penitenciaria, así como en el Reglamento Penitenciario (aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero) (*infra* § 38) son absolutamente insuficientes y distan de configurar un verdadero “derecho de ejecución de medidas”<sup>331</sup>.

Estrechamente vinculado con el principio de legalidad, el principio de irretroactividad de las normas penales y su excepción, la aplicación retroactiva de las disposiciones posteriores más favorables para el reo, han en-

330. Sobre la positivación de estos principios generales informadores del Derecho de medidas, véanse, entre otros, SANZ MORÁN, *Las medidas*, 157 ss.; URRUELA MORA, «Los principios informadores del derecho de medidas en el Código penal de 1995», RDPC 8 (2001), 167 ss., ambos con ulteriores referencias.

331. Crítico en este sentido, entre otros, SANZ MORÁN, *Las medidas*, 294.

contrado acogida en el **art. 2 CP**, el cual dispone que carecerán «de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad».

Se discute la aplicación del principio de la irretroactividad a las medidas de seguridad<sup>332</sup>. Se dice que éstas se imponen en función de la peligrosidad del delincuente y persiguen únicamente los fines de la prevención especial (corrección o enmienda del delincuente), y que por eso, tratándose de medidas de seguridad, debería aplicarse preferentemente la legislación vigente en el momento del juicio, pues es la más adecuada para tratar la peligrosidad actual del sujeto y se supone que las medidas más recientes son también las más idóneas para el tratamiento del sujeto.

Este criterio, compartido por los positivistas italianos, ha prevalecido en algunas legislaciones modernas, como en el art. 200 CP italiano. Algunos autores, como ANTÓN ONECA (*PG*<sup>2</sup>, 131), creen que sería más conveniente distinguir según se trate de medidas de carácter curativo, tutelar o educativo, que podrían aplicarse con carácter retroactivo y aquellas otras que producen un efecto aflictivo o persiguen un fin de inocuización, como el internamiento, para las que debe regir el principio de irretroactividad. En este sentido, el PCP/1980 (art. 134) establecía, como principio general, el de la retroactividad de las disposiciones que regulaban las medidas de seguridad, aunque se hacía una salvedad para las que resultasen más restrictivas de los derechos individuales del sometido a ellas.

Sin embargo, hay que decir con otros autores, que también en las medidas de seguridad deben regir los mismos principios que para las penas. El argumento fundamental aducido en favor de esta opinión –comenta SANZ MORÁN– es que “las medidas, por más que en ocasiones tengan un contenido terapéutico o educativo, comportan siempre una privación o restricción de derechos del afectado por las mismas, al igual que sucede con las penas, lo que conduce a la observancia de los mismos principios garantistas que rigen para estas últimas”<sup>333</sup>.

332. Véase, por todos, SANZ MORÁN, *Las medidas*, 115 ss., quien personalmente se muestra partidario de aplicar a las medidas el mismo principio general de irretroactividad que rige para las penas (117).

333. SANZ MORÁN, *Las medidas*, 117. También critica este autor aquella opinión que permite la retroactividad de las medidas en tanto en cuanto perdure la peligrosidad

En este sentido, y con buen criterio, el art. 2 CP ha establecido la aplicación a las medidas de seguridad de los mismos principios de irretroactividad y de retroactividad de la ley más favorable, que a las penas.

### b) Límites derivados del principio de proporcionalidad

Dado el diferente fundamento que justifica las medidas de seguridad (el **art. 6 CP** fundamenta su aplicación «en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan»), se entiende que el principio de proporcionalidad adquiere un nuevo significado, distinto que en la pena. Siguiendo en este punto a SANZ MORÁN, podemos decir que, en el ámbito de las medidas de seguridad, este principio presenta dos manifestaciones fundamentales<sup>334</sup>.

1. En primer lugar, el principio de proporcionalidad se concreta en la **necesidad** misma de la medida en cuestión. Conforme a ello, la medida será necesaria siempre y cuando exista peligrosidad criminal que prevenir. Este principio general de necesidad de la medida se recoge en el **art. 6.2 in fine CP**, cuando señala que «las medidas de seguridad no pueden... exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor»; en el **art. 95.1.2ª CP**, cuando vincula la aplicación de una medida de seguridad a que «pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos»; y también cuando en el **art. 97 b) CP** se dispone que «el juez o Tribunal sentenciador adoptará... el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto».

2. Y en segundo lugar, el CP pretende evitar aquel exceso en las medidas de seguridad que no resulte necesario en concreto. Mientras que en la pena la **prohibición del exceso** tiene como medida la culpabilidad, en

---

criminal del sujeto en el momento del juicio. Este argumento no convence, según él, porque “la medida, al igual que la pena, es consecuencia jurídica de un *delito* y es el momento de la realización de éste el decisivo desde la perspectiva de las exigencias del principio de legalidad, también por tanto de la irretroactividad de las sanciones penales” (118).

334. SANZ MORÁN, RDP 1 (2000), 37 ss.; *Las medidas*, 122 ss., 175 ss.

la medida de seguridad, debería tener la peligrosidad del autor, y así se establece, en parte, en el art. 6.2 *in fine* CP, según acabamos de ver. De este modo, las medidas de seguridad podrían prolongarse, en principio, mientras persistiese la peligrosidad criminal que constituye su fundamento.

Frente a esta tendencia a la indeterminación temporal propia de las medidas de seguridad, el CP/1995 establece una estrechísima vinculación de la duración de la medida a la de la pena establecida para el hecho delictivo cometido. Así, el **art. 6.2 CP** establece que «las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido». Y se manifiesta también en que el CP concibe las medidas de seguridad privativas de libertad como *ultima ratio*.

La formulación positiva de dicha *subsidiariedad de las medidas privativas de libertad* se concreta en que no se podrán imponer si la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido no fuese también privativa de libertad (**art. 95.2 CP**), y además, no deberá acudirse a ellas si fuese suficiente con el recurso a medidas no privativas de libertad. Los **arts. 101, 102 y 103 CP** relativos a las medidas privativas de libertad aplicables a los sujetos declarados exentos de responsabilidad criminal conforme a los n<sup>os</sup> 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> y 3<sup>o</sup> del art. 20 CP, respectivamente, contienen la expresa indicación de que aquéllas serán aplicables sólo «si fueren necesarias» y además que «el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo».

En definitiva, por tanto, se está limitando la aplicabilidad de las medidas en función de la índole y duración de la pena conminada por la ley para el hecho delictivo que origina la imposición de aquellas.

Esta limitación se ha justificado desde la perspectiva de servir como garantía de seguridad jurídica y de respeto hacia el principio de igualdad. Se considera que sería conveniente establecer ciertos límites a las medidas, que eviten así su indeterminación y que tomen en cuenta el delito cometido, pues la posibilidad de aplicar una medida de duración indeterminada implica una privación de derechos desigual con respecto a la que le correspondería al imputable que hubiese cometido el mismo hecho. Por ello, el

principio de igualdad exigiría que el sujeto peligroso no fuese tratado peor que aquel que hubiera sido declarado plenamente responsable<sup>335</sup>.

Por estos motivos el CP/1995 ha establecido los límites antes indicados de dependencia de las medidas con respecto al delito cometido, y más concretamente, a la pena que se hubiese impuesto de haber sido el sujeto imputable.

A pesar de la bondad que inspiran estos límites hay que advertir la contradicción interna que suponen con el presupuesto en virtud del cual se aplican las medidas de seguridad (art. 6.1 CP)<sup>336</sup>. No obstante, a esta crítica aquel sector doctrinal responde que dicha contradicción lógica debe ser asumida por razones de seguridad jurídica<sup>337</sup>. Aún así, hay que decir que estas razones no resultan totalmente convincentes, pues la seguridad jurídica se puede salvar fijando límites máximos a cada medida, y como es sabido, el principio de igualdad sólo se infringe cuando no exista un motivo razonable que justifique una diferencia de trato.

En el Derecho comparado no se conoce disposición como la nuestra. Normalmente se fijan, desde luego, límites máximos a cada medida, abandonándose el criterio de la duración indefinida, pero tales limitaciones se

335. Según SANZ MORÁN (*Las medidas*, 181), el origen de estos límites legales se encontraría en el planteamiento de autores como MUÑOZ CONDE en Adiciones a JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Barcelona, 1981, 124, y otros trabajos suyos posteriores. Ya durante la vigencia del CP/1995, véase, EL MISMO, «Las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995», *CDJ* 1996, t. XXIV, 301 ss. [=RECPC 4-5 (2002)]. Entre esos otros autores cabría citar también, entre otros, a GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, 131 ss.; «Las medidas de seguridad en el código penal de 1995», en *Las penas en el Código Penal de 1995*, Ed. CGPJ/Generalitat, 1999, 203 ss.

336. GRACIA MARTÍN, *Lecciones*<sup>3</sup>, 401. Según este autor, “si la razón de ser de las medidas de seguridad es que la *duración de la pena* ajustada a la culpabilidad es insuficiente para combatir la peligrosidad del autor, la limitación de la duración de aquella por la de la pena nos sitúa de nuevo en el origen del problema”.

También críticos con esta disposición se han mostrado, entre otros, DE JORGE BARREIRO, «Crisis actual del dualismo...», 159 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, 42.

337. Véase, por todos, GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, 132; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*<sup>3</sup>, 639.

establecen con base solamente en la naturaleza de la medida en cuestión, no en el delito cometido o en la pena prevista<sup>338</sup>.

Se podían haber seguido otros límites, que a juicio de otro importante sector de la doctrina, serían más coherentes. Por ejemplo, el que se establecía en el art. 133 PCP/1980, según el cual «las medidas de seguridad guardarán proporción con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer»<sup>339</sup>. Según el parecer de CEREZO MIR, el art. 6.2 CP no ha formulado correctamente el principio de proporcionalidad en materia de medidas de seguridad, y ello, porque las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, no tienen que ser necesariamente proporcionadas a la gravedad del delito cometido, sino únicamente a la peligrosidad del delincuente. Como dice este autor, “la referencia a la gravedad del delito cometido, en la formulación del principio de la proporcionalidad, sólo puede tener el sentido de que se trate de un síntoma más a tener en cuenta para enjuiciar la peligrosidad del delincuente, un síntoma que puede ser confirmado o desvirtuado por otros”<sup>340</sup>. SANZ MORÁN resume las críticas a esta configuración del principio

338. Como ha destacado SANZ MORÁN, sólo el CP portugués de 1995 establece un límite como el del CP español, pero a diferencia de éste, aquél permite prorrogar el internamiento «por períodos sucesivos de dos años» hasta «verificar que cesó el estado de peligrosidad criminal que le dio origen» (art. 92 CP portugués) [RDP 1 (2000), 38; *Las medidas*, 63-64, 130, 185].

339. Se trata de una disposición semejante a la contenida en el § 62 StGB alemán, relativo al *principio de proporcionalidad* en las medidas de seguridad, y según el cual «una medida de corrección y seguridad no debe ser impuesta cuando fuese desproporcionada con el significado de los hechos cometidos y esperados del autor, así como con el grado de peligro proveniente de él». Véase al respecto, entre otros, SANZ MORÁN, *Las medidas*, 130.

Sobre la regulación de las medidas de seguridad en el PCP/1980, véanse, entre otros, BARBERO SANTOS, «Las medidas de seguridad en el proyecto de Ley Orgánica de Código penal», en *La reforma penal y penitenciaria*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1980, 93 ss. (= *Marginación social y Derecho represivo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, 191 ss.); DE SOLA DUEÑAS, «Consideraciones críticas a las medidas de seguridad en el Proyecto de Código penal de 1980», LH-Pérez Vitoria (1983), t. II, 895 ss.

340. CEREZO MIR, «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995», LL 1996-3, 1474. Se muestran también críticos con esta vinculación de la duración máxima de la medida con la de la pena conminada por la ley para el imputable, entre otros, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*<sup>3</sup>, 397 ss.; FIGUERA GUIMERÁ, «El

de proporcionalidad, y estamos de acuerdo con él, diciendo que la adopción de un criterio como el que se ha acogido, “además de propiciar la confusión, en la que venimos insistiendo, entre penas y medidas, la limitación de la duración de la medida por la de la pena correspondiente al hecho delictivo realizado supondrá, en muchos supuestos, un serio obstáculo para la aplicación de los programas terapéuticos indicados en cada caso, lo que, a su vez, reduce el contenido de la medida privativa de libertad a mera custodia, intensificando su carácter «asegurativo» frente al «corrector», que debería ser, sin embargo, preferente. Y de este modo se incrementa, asimismo, el riesgo de que al cesar la medida siga siendo peligroso el sujeto sometido a la misma”<sup>341</sup>.

A este respecto, cabe preguntarse ¿qué sucederá entonces si, cumplido el máximo de duración de la medida, el sujeto sigue siendo “peligroso”? Para estos supuestos un sector de la doctrina, y también la Circular FGE 1/1996, relativa al régimen transitorio del CP/1995, entiende que lo indicado es acudir a la posibilidad prevista en la **Disp. Adic. 1ª CP**, para los declarados exentos de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los n.ºs 1 y 3 del art. 20 CP, de instar la declaración judicial de incapacidad, y en su caso, el internamiento del incapaz regulado en el art. 211 CC. Esta posibilidad ha sido admitida expresamente por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, también para los semiimputables, según el nuevo **art. 104.2 CP**, en virtud del cual «cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código». Así mismo, la citada LO también ha introducido tal posibilidad en los casos de suspensión de una pena privativa de libertad. Conforme a lo dispuesto en el **art. 60.1 CP**, en el caso de que «después de pronunciada la sentencia firme,

---

sistema de medidas y el erróneo criterio en la formulación del principio de proporcionalidad en el Código penal de 1995», LH-Cerezo Mir (2002), 1075 ss.; DE JORGE BARREIRO, «Crisis actual del dualismo...», 161 ss.; SANZ MORÁN, RDP 1 (2000), 39 n. 13; *Las medidas*, 181 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 35 ss.

341. SANZ MORÁN, *Las medidas*, 189-190.

se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria [esto es una novedad de la LO 15/2003, pues antes la competencia la ostentaba el Tribunal sentenciador] suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual [y he aquí otra novedad de la LO 15/2003] podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código [se supone que siempre y cuando se den los presupuestos necesarios para la imposición de las mismas, particularmente, la peligrosidad criminal], que no podrá ser [en coherencia con la configuración del principio de proporcionalidad que sostiene el CP/1995 en otros preceptos para las medidas de seguridad], en ningún caso, más grave que la pena sustituida». «Si se tratase de una pena de distinta naturaleza [continúa este precepto, y esto es también otra novedad de la LO 15/2003, que extiende esta suspensión también a penas no privativas de libertad], el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesario». En estos casos –termina el art. 60.1 CP, lo cual supone otra novedad más que introduce la LO 15/2003 y que es la que ahora nos interesa–, «el Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo dispuesto en la Disposición Adicional 1ª de este Código».

La **Disp. Adic. 1ª CP** establece que «cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1º y 3º del artículo 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil».

Dejando al margen la duda acerca de si esta posibilidad es extensible a los toxicodependientes, pues aunque el art. 104.2 CP se refiera a ellos, en cambio la Disp. Adic. 1ª no, esta técnica de recurrir al internamiento civil no deja de plantear algunos reparos<sup>342</sup>. Así, en el internamiento civil, el

342. Véase, entre otros, SANZ MORÁN, *Las medidas*, 201 ss.

juez se limita a ratificar los criterios médicos, sin llevar a cabo un efectivo control; se trata de un internamiento indefinido temporalmente, lo que obliga a plantearse en qué medida no caemos en otro “fraude de etiquetas” como el denunciado en relación a penas y medidas; y el civil es, en fin, un internamiento para cuya imposición no juega en absoluto el dato de la peligrosidad del sujeto.

### 3. Clases de medidas

#### a) *Criterios de clasificación*

Igual que sucede con las penas, las medidas de seguridad pueden clasificarse en diversos grupos, atendiendo a diferentes puntos de vista.

Por razón de los **bienes o derechos afectados** por las medidas, éstas se pueden clasificar en medidas *privativas de libertad* y medidas *no privativas de libertad*.

Por razón de su **finalidad**, puede establecerse una división general entre medidas que, aplicando técnicas terapéuticas y pedagógicas, tienden a la *corrección*, y medidas que, aplicando fundamentalmente al sujeto privaciones de derechos o de posibilidades de actuación, tienden al *aseguramiento* mediante la imposibilidad de que el sujeto realice actos lesivos para bienes jurídicos.

Por su **función** en el sistema de sanciones:

- En relación con la pena, las medidas se pueden aplicar en lugar de ella (en los inimputables) o junto a ella (en los semiimputables).
- En cuanto a la relación de las medidas consigo mismas, éstas pueden ser principales o sustitutivas (arts. 97, 100.2 y 108 CP).
- Las medidas pueden ser también únicas, acumulativas o alternativas.

#### b) *Medidas privativas de libertad y no privativas de libertad*

Nos centraremos en el primero de los criterios de clasificación, que es el que ha seguido el CP. Según el **art. 96.1 CP**, «las medidas de seguridad

que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad».

1. Las *medidas privativas de libertad* consisten, con carácter general, en el internamiento del sujeto en un establecimiento adecuado a sus características de personalidad<sup>343</sup>. Según el **art. 96.2 CP** «son medidas privativas de libertad:

- 1ª. El internamiento en centro psiquiátrico<sup>344</sup>.
- 2ª. El internamiento en centro de deshabitación<sup>345</sup>.
- 3ª. El internamiento en centro educativo especial».

El internamiento en centro psiquiátrico tiene, fundamentalmente, un carácter asegurativo, mientras que el internamiento en centro de deshabitación, aunque también tenga ese carácter, sin embargo, hay que entender que prevalece el curativo o corrector. Esta nota, sin duda, es la que caracteriza al internamiento en centro educativo especial.

2. Las *medidas no privativas de libertad* tienen como único denominador en común que no afectan a la libertad del sujeto en el sentido de que su aplicación no supone el internamiento del mismo en un establecimiento de un modo continuado durante la ejecución de la medida<sup>346</sup>. El **art. 96.3 CP** [modificado por la LO 15/2003]<sup>347</sup> establece un catálogo genérico de medi-

343. Sobre estas medidas, véase, entre otros, ALTÉS MARTÍ, «Las medidas de seguridad privativas de libertad. Regulación legal y modalidades de aplicación en relación con los sujetos», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* 5 (1999), 75 ss.

344. Sobre esta medida en particular, véase, entre otros, MATEO AYALA, *La medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico: su ejecución y control*, EDESA, Madrid, 2004.

345. Sobre esta medida en particular, véase, entre otros, MARTÍNEZ GALINDO, «Medidas de seguridad en los supuestos de drogadicción», LL 2000-5, 1995 ss.

346. Sobre estas medidas, véase, entre otros, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, «Medidas de seguridad no privativas de libertad. Regulación legal y modalidades de aplicación en relación con los sujetos», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* 5 (1999), 99 ss.

347. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha refundido en el apart. 3 del art. 96 CP todas las medidas de seguridad no privativas de libertad que antes estaban reco-

das no privativas de libertad. Según el mismo, «son medidas no privativas de libertad:

- 1ª. La inhabilitación profesional.
- 2ª. La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.
- 3ª. La obligación de residir en un lugar determinado.
- 4ª. La prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.
- 5ª. La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.
- 6ª. La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.
- 7ª. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- 8ª. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
- 9ª. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- 10ª. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- 11ª. La sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario.
- 12ª. El sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares».

Igual que las medidas privativas de libertad, también las no privativas de libertad pueden clasificarse en asegurativas, correctoras o mixtas.

---

gidas: unas en el art. 96.3, y otras en el art. 105. Asimismo ha introducido también alguna medida no privativa de libertad que antes no estaba prevista, como la prohibición de acudir a espectáculos deportivos o establecimientos de juego (en el art. 96.3.5ª).

Dentro de las primeras habría que incluir aquellas que restringen la libertad ambulatoria (art. 96.3.2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 9ª CP), así como las que privan de determinados derechos (art. 96.3.1ª, 7ª, 8ª, 10ª CP). Como medidas de carácter correctivo hay que entender la sumisión a tratamiento externo y a programas de tipo formativo, cultural educativo, profesional, de educación sexual y otros similares (art. 96.3.11ª y 12ª CP). De carácter intermedio cabría calificar a la custodia familiar (art. 96.3.6ª CP).

El contenido de muchas de estas medidas de seguridad no privativas de libertad viene a coincidir el de las penas privativas de derechos, por lo que, aparte de llamar la atención sobre la confusión entre penas y medidas que ello comporta, lo cual es criticable por la distinta naturaleza de cada una de ellas, nos podemos remitir a lo ya dicho en otro momento con respecto a dichas penas (*supra* §§ 14-16).

No obstante, el CP contiene alguna disposición que aclara el contenido de alguna de estas medidas de seguridad. En particular, acerca de la *inhabilitación profesional* (art. 96.3.1ª CP), el **art. 107 CP** establece que «el Juez o Tribunal podrá decretar razonadamente la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo por un tiempo de uno a cinco años, cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse e peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes, siempre que no sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20». Resulta curioso que, por un lado, se exija que el sujeto haya cometido el hecho delictivo con abuso de ejercicio, pero por otro que sea imprescindible que se trate de un inimputable.

En cuanto a la *expulsión del territorio nacional* (art. 96.3.2ª CP), y sin perjuicio de referirnos más adelante a ella [*infra* § 27.5.c)], a tenor de lo dispuesto en el **art. 108 CP**, sólo puede imponerse como medida sustitutiva de una medida privativa de libertad.

La *obligación y la prohibición de residir en determinados lugares o de acudir a ellos* (art. 96.3.3ª, 4ª y 5ª CP) viene a coincidir, salvo en lo que se refiere a la obligación de residir, con la pena prevista en el art. 48 CP (*supra* § 16.3).

Por lo que a la *custodia familiar* (art. 96.3.6ª CP) se refiere, simplemente se aclara que «el sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado». Viene a ser, por tanto, una medida de libertad vigilada, de carácter subsidiario a las medidas de internamiento, y que deja el control de la ejecución en manos de un particular, y más concretamente de un familiar. Esto puede poner en entredicho la eficacia práctica de esta medida.

Las *privaciones del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y del derecho a la tenencia y porte de armas* (art. 96.3.7ª y 8ª CP), así como las prohibiciones en protección de la víctima de aproximarse o de comunicarse con ella, con sus familiares u otras personas que determine el Juez (art. 96.3.9ª y 10ª CP), se corresponden con las penas previstas en los arts. 47 y 48 CP (*supra* § 16).

La *sumisión a tratamiento externo* en centros médicos o establecimientos de carácter-sanitario (art. 96.3.11ª CP) viene a ser una medida no privativa de libertad de carácter subsidiario a la de internamiento en centro psiquiátrico o de deshabitación.

Y el *sometimiento a programas* de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares (art. 96.3.12ª CP) no tiene ninguna pena privativa de derechos de contenido paralelo, pero sí una regla de conducta como condición de la suspensión de una pena de prisión (art. 83.1.5ª CP).

### c) Duración

Frente al criterio que el CP ha establecido para las medidas de seguridad privativas de libertad, la duración de las medidas de seguridad no privativas de libertad tiene un límite máximo determinado.

La *duración de las medidas de seguridad privativas de libertad* se condiciona a la duración de la pena privativa de libertad que hubiere correspondido al sujeto de haber sido plenamente imputable (art. 6.2, 101, 102 y 103 CP).

La *duración de las medidas de seguridad no privativas de libertad*, en cambio, se encuentra limitada en el tiempo, aunque la pena que le hubiese

correspondido al sujeto pudiera ser mayor. Según el **art. 105 CP**, las medidas no privativas de libertad tienen una duración como máximo de 5 o de 10 años, según los casos. Así, podrán imponerse junto a una medida privativa de libertad *por un tiempo máximo de diez años* únicamente la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. Las demás medidas no privativas de libertad sólo podrán imponerse junto a una medida privativa de libertad *por un tiempo máximo de cinco años*.

#### 4. Presupuestos para la imposición de las medidas de seguridad

La medida de seguridad, como consecuencia jurídica del delito que es, requiere la previa comisión de un hecho previsto como tal en la ley. Sin embargo, la medida de seguridad, como hemos visto, no tiene como fundamento, a diferencia de lo que sucede con la pena, la culpabilidad, sino la peligrosidad criminal, es decir, la probabilidad de comisión en el futuro de un hecho delictivo. Así pues, se puede decir que la medida de seguridad se impone, no tanto por la comisión de un delito, como para evitarlo, y por tanto, tiene como presupuesto la peligrosidad criminal postdelictual (*supra* § 26.2).

Este fundamento se encuentra formulado en el **art. 95.1 CP** del siguiente modo:

Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:

- 1ª. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.
- 2ª. Que del hecho y de las circunstancias personas del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

La imposición de una medida de seguridad, por tanto, se condiciona a la concurrencia de dos requisitos: 1) la previa comisión de un delito; y 2)

que el sujeto se encuentre en un estado peligroso, del cual se pueda deducir la probabilidad de que cometa algún delito en el futuro.

### a) *Previa comisión de un hecho previsto como delito*

Con respecto a «que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito» (art. 95.1.1ª CP), se discute acerca del alcance del término «delito».

En realidad, es preciso aclarar que en algunos casos no podemos decir que el sujeto haya cometido un delito con todos los elementos que lo componen: acción u omisión típicamente antijurídica, culpable y punible. Es posible que en algunos casos falte uno de estos elementos: concretamente, la culpabilidad. Con lo cual, en vez de «delito» más correcto sería referirse a este suceso como «conducta típicamente antijurídica» o como «hecho injusto». Parece que es así como hay que entender la expresión «un hecho previsto como delito» utilizada en el art. 95.1.1ª CP.

Cuestión distinta es si la medida de seguridad se puede aplicar a cualquier clase de infracción penal, o si solamente se aplicará a los delitos en sentido estricto, es decir, a las infracciones penales graves y menos graves (según la clasificación del art. 13 en relación con el 33 CP) [*supra* § 5.2.b)]. A este respecto, en función, sobre todo, del tenor literal del art. 95.1.1ª CP, se podría entender que se excluyen las faltas de la posibilidad de aplicación de las medidas de seguridad<sup>348</sup>. No obstante, hay que decir que, desde un punto de vista teleológico y de acuerdo con el fundamento que inspiran las medidas de seguridad, es posible entender el término «delito» en sentido amplio, inclusive, por tanto, de las faltas. “Lo decisivo será –afirma SANZ MORÁN– la peligrosidad puesta de manifiesto en la ejecución del hecho delictivo y aquella puede ser notable pese a que este último sea caracterizable como simple falta”<sup>349</sup>.

En la interpretación de la expresión «delito» hay que tener en cuenta también que no se refiere únicamente al delito consumado, sino que abarca

348. Así lo justificaron, entre otros, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*<sup>2</sup>, 316-317; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, 18.

349. SANZ MORÁN, *Las medidas*, 246. Si bien advierte que “dentro de los estrechos límites que impone el criterio legal de proporcionalidad de las medidas, que impedirá siempre, en el caso de las faltas, recurrir al internamiento” (246). Se adhiere ahora a este parecer GRACIA MARTÍN, *Lecciones*<sup>3</sup>, 391.

igualmente las formas imperfectas de realización del mismo, como la tentativa y los actos preparatorios punibles. Y al mismo tiempo, no hay que restringirlo exclusivamente al autor del delito, sino que incluye también otras formas de participación en el mismo, distintas de la autoría, como la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad.

### b) *Estado de peligrosidad criminal*

Junto a la previa comisión de un delito, en los términos en que hemos aclarado, se requiere, además, la presencia de una situación tal, en la cual se pueda deducir «un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos» (art. 95.1.2ª CP). No basta con la mera comisión de un delito, sino que el sujeto se tiene que encontrar en un *estado peligroso*, o como dice el encabezamiento del art. 95.1 CP: que se encuentre «en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código».

Esos supuestos a que se refiere el Cap. II del Tít. IV del Lib. I del CP son dos: los *inimputables* y los *semiimputables*. El CP únicamente reconoce esas dos categorías de estado peligroso. No obstante, hay que decir que, haciendo una aplicación analógica de esta regulación, *la jurisprudencia ha extendido* también la posibilidad de imponer medidas de seguridad previstas para los toxico-dependientes a supuestos para los que, en principio, no se han contemplado, como son los casos en que dichas personas obran «a causa de su grave adición» al alcohol o a las drogas (art. 21.2 CP) (STS 11 abril 2000)<sup>350</sup>.

#### i. Inimputables

1. Si dejamos a un lado el problema de la minoría de edad penal, que será examinado en el siguiente Capítulo (*infra* §§ 28 ss.), el CP/1995 acoge, en su **art. 20**, tres causas de inimputabilidad, a cada una de las cuales se

350. Véase al respecto el comentario de GARCÍA/SÁNCHEZ ISIDORO, «Aplicación de medidas de seguridad en supuestos de drogadicción. (Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2000)», CPC 71 (2000), 439 ss.; NISTAL BURÓN, «El tratamiento de los delincuentes toxicómanos: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 628/2000, de 11 de abril», en *Revista de Estudios Penitenciarios* n° 248 (2000), 195 ss. Ulteriores referencias también, entre otros, en SANZ MORÁN, *Las medidas*, 164.

refieren los **arts. 101, 102 y 103**, que regulan el régimen de aplicación de las tres únicas medidas privativas de libertad que están previstas en nuestro ordenamiento [*supra* § 27.3.b).1]. En relación con esta clase de medidas hay que recordar lo dispuesto en el **art. 95.2 CP**, en virtud del cual no se puede imponer una medida de seguridad privativa de libertad, si la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido no fuese también privativa de libertad. Si no lo fuese, sólo se podrá imponer una o varias no privativas de libertad.

A este respecto hay que aclarar el ámbito de la expresión «pena privativa de libertad» empleado en el art. 95.2 CP. A primera vista, se podría decir que esa expresión debería interpretarse en el sentido del art. 35 CP: «son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria». Sin embargo, la doctrina más autorizada ha puesto de relieve que debe limitarse a la *prisión*, de tal manera que el art. 95.2 CP está haciendo una equivalencia entre «internamiento» y «prisión»<sup>351</sup>.

Estas consideraciones se referían también a la pena de arresto de fin de semana. Sin embargo, la desaparición de la misma del catálogo del art. 35 CP y su sustitución por la localización permanente llevada a cabo por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, no creo que alteren la conclusión a la que llegaban los autores citados. Negaban la posibilidad de imponer una medida de internamiento cuando la pena prevista fuese el arresto de fin de semana, porque al ser ésta una privación de libertad de ejecución discontinua, la medida de internamiento resultaría más gravosa que la pena aplicable, lo cual está prohibido por el art. 6.2 CP. Lo mismo se podría decir ahora de la pena de localización permanente, que además de poderse cumplir también de forma discontinua, la posibilidad de cumplirla en el domicilio del penado la convierte, a mi juicio, también en menos gravosa que el internamiento. A mayor abundamiento, la cortísima duración que tiene la localización permanente, únicamente prevista para las faltas, y el consiguiente respeto al principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad (también art. 6.2 CP) impediría toda eficacia práctica al internamiento.

351. Entre otros, GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código Penal*, cit., t. I (1999), 256-256. Le sigue SANZ MORÁN, *Las medidas*, 248.

Con respecto a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, la cuestión, a nuestro modo de ver, debe resolverse en el mismo sentido, si bien discrepamos de los citados autores en la forma en que llegan dicha conclusión. Según ellos habría que negar la posibilidad de imponer un internamiento en estos casos, porque la responsabilidad personal subsidiaria no aparece prevista en la ley para ningún delito y además porque sólo tiene carácter sustitutivo de la multa. Sin desmerecer en absoluto esta opinión, he expresado en otro lugar que la responsabilidad personal subsidiaria tiene naturaleza de auténtica pena privativa de libertad de carácter autónomo, si bien subsidiario<sup>352</sup>. Por lo tanto, si se admite nuestro punto de vista, la solución a esta cuestión, en principio, pudiera parecer otra. Es más, la duración que puede alcanzar la responsabilidad personal subsidiaria (hasta 12, excepcionalmente incluso hasta 15 meses) parece que abundaría en este sentido, pues permitiría tener alguna eficacia correctora al internamiento. Sin embargo, esta conclusión, a nuestro modo de ver, no es correcta por las siguientes razones:

- En primer lugar, porque la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, aunque tenga la naturaleza de auténtica pena privativa de libertad de carácter autónomo, es también siempre de carácter *subsidiario*. Aunque la responsabilidad personal subsidiaria deba figurar en el fallo condenatorio, sin embargo, siempre lo hace en subordinación a una pena de multa. La pena principal es la multa, la cual hay que cumplir, se quiera o no. Y esto no es una cuestión que dependa de la voluntad del penado, sino de su capacidad económica. Así pues, la obligación principal es el pago de la multa, por lo que deberá ser ésta la pena que se deba tomar como referencia.
- En segundo lugar, porque también se podrían aducir los mismos argumentos que antes se han empleado para la localización permanente, dado que la responsabilidad personal subsidiaria también se puede cumplir en este régimen (incluso por medio de trabajos en beneficio de la comunidad), lo que convertiría a esta pena en menos gravosa que el internamiento.

352. ROCA AGAPITO, *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa* (2003), 289 ss.

- Y en tercer lugar, si se admitiese el internamiento en estos casos, ello sería otro argumento más de crítica a la regulación de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, que supone un tratamiento punitivo agravado únicamente en función de la pobreza del sujeto. Aquel inimputable que fuese insolvente vería cómo acaba internado en un centro psiquiátrico, de deshabitación o de educación especial, esto es, privado de su libertad, mientras que aquel que fuese solvente, o que tuviese la suerte de tener a alguien que abonase el importe de la multa por él, se libraría y vería cómo lo único que se le puede imponer es una medida de seguridad no privativa de libertad del art. 96.3 CP. No creo que existan razones suficientes que justificasen este trato discriminatorio.

2. Volvamos a los supuestos que permiten la aplicación de medidas de seguridad privativas de libertad. Según el **art. 20 *in fine* CP**, «en los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código». Estos supuestos son los siguientes:

a) Anomalías o alteraciones psíquicas. El **art. 20.1 CP** declara exento de responsabilidad criminal a quien «al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de *cualquier anomalía o alteración psíquica*, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». El párr. 2º del mismo número se refiere al *trastorno mental transitorio*. En los dos casos viene en consideración, «si fuere necesaria» y previa constatación de la peligrosidad criminal del autor de la conducta ilícita, «la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96» (es decir, las medidas no privativas de libertad) (**art. 101.1 CP**).

b) Toxicodependencia. El **art. 20.2 CP** incluye dentro del catálogo de sujeto inimputables a quien «al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de *intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas* u otras que produzcan efectos análogos [...] o se hallen bajo la influencia de un *síndrome de*

*abstinencia*, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». En tales supuestos, se aplicará, «si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del art. 96» (**art. 102.1 CP**).

c) Alteraciones en la percepción. El **art. 20.3 CP** exime de responsabilidad penal al que «por sufrir *alteraciones en la percepción* desde el nacimiento o desde la infancia tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad». Vendrá en aplicación en estos supuestos, siempre que «fuere necesaria», la medida de «internamiento en un centro educativo especial o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado tercero del artículo 96» (**art. 103.1 CP**).

3. Común a estos tres supuestos es la regla de limitación de la duración del internamiento [*supra* § 27.3.c)], que con carácter general figura en el **art. 6.2 CP**, y que para los supuestos de inimputabilidad se concreta en lo dispuesto al final de los **arts. 101.1, 102.1 y 103.1 CP**, según los cuales «el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo».

También reproducen una regla con idéntica formulación los **apartados 2 de los arts. 101, 102 y 103 CP**, en virtud de los cuales «el sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código». Esta regla se refiere al mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de una medida de seguridad, que veremos más adelante [*infra* § 27.5.a)].

## ii. Semiimputables

La segunda posibilidad de estado peligroso que puede dar lugar a la imposición de una medida de seguridad es la imputabilidad disminuida. En estos supuestos ya no concurre una eximente completa de los tres primeros

números del art. 20 CP, sino una eximente incompleta del **art. 21.1 CP**<sup>353</sup>. La diferencia entre una eximente completa y otra incompleta estriba en el resultado sobre la capacidad de culpabilidad. En la eximente incompleta no se tiene que producir una total incapacidad de comprensión del injusto o de actuación conforme a esa comprensión, sino una alteración notable, aunque no total, de esa facultad. Por este motivo las eximentes incompletas tienen un efecto atenuatorio mayor que el de una atenuante simple (art. 68 CP) [*supra* § 24.4.d)].

Según lo dispuesto en el **art. 104.1 CP**, «en los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103», si bien, al igual que para los supuestos de inimputabilidad, sólo cabe imponer una medida de internamiento cuando la pena impuesta (en este casos sí se puede imponer, porque existe culpabilidad) sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder «de la prevista en el Código para el delito».

Para los semiimputables, puesto que se trata de sujetos que no dejan de ser imputables, pero que al mismo tiempo pueden ser peligrosos, cabe pensar, en principio, que se les podría imponer tanto una pena como una medida de seguridad. El régimen de aplicación de estas consecuencias sigue el denominado *sistema vicarial*, regulado en el **art. 99 CP**, y que ya hemos visto [*supra* § 2.3.d); y § 27.1].

## 5. Otras reglas relativas a la aplicación de las medidas de seguridad

### a) *Flexibilidad en la ejecución*

1. Sin perjuicio de ocuparnos en otro lugar sobre la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad (*infra* § 38), podemos aquí ya

---

353. **Art. 21 CP**: «Son circunstancias atenuantes: 1ª. Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos».

hacer referencia a una serie de cláusulas relativas a la dinámica de aplicación de las medidas de seguridad en general. No nos referimos, por tanto, al modo concreto de ejecución de cada medida de seguridad, sino a la aplicación en general de todas ellas.

A este respecto hay que tener presente el fundamento de las medidas de seguridad y el alcance que el principio de proporcionalidad tiene en las mismas [*supra* § 27.2.b).1]. Estos dos aspectos van a influir decisivamente en la aplicación de las medidas, pues éstas sólo se impondrán cuando sean necesarias, y sólo son necesarias siempre y cuando exista peligrosidad criminal que prevenir. Así pues, cualquier alteración que se produzca en dicha peligrosidad puede determinar, obviamente, un cambio en el régimen de aplicación de aquéllas.

El **procedimiento de ejecución** de una medida de seguridad comienza con la comunicación de la resolución judicial, así como de los particulares necesarios, a los servicios sociales penitenciarios (**art. 21 RD 515/2005**)<sup>354</sup>, con el fin de que éstos elaboren un plan de intervención y seguimiento, el cual tiene que ser elevado al Juez de Vigilancia Penitenciaria para su aprobación o rectificación (**art. 22 RD 515/2005**). Una vez recibida la aprobación por parte éste del plan de intervención, seguimiento y liquidación de la medida, los servicios sociales penitenciarios remitirán el caso al centro o servicio correspondiente para que el penado inicie o continúe el tratamiento o programa (**art. 23 RD 515/2005**). Durante el cumplimiento de la medida los servicios sociales penitenciarios efectuarán el control y seguimiento de las condiciones fijadas en la resolución judicial y en el plan de intervención y seguimiento (**art. 24 RD 515/2005**).

2. Para afrontar los cambios que se puedan producir en los presupuestos de aplicación de la medida de seguridad, el **art. 97 CP** ha dispuesto,

354. No obstante, cuando se haya impuesto una medida de seguridad de internamiento en un establecimiento o unidad psiquiátrica penitenciaria, así como cuando se haya suspendido la ejecución de una pena privativa de libertad por enfermedad mental sobrevenida que impida comprender al penado el sentido de la pena (art. 60 CP) [*supra* § 13.1.a)], se estará a lo dispuesto en los arts. 183 ss. RgtoP (art. 21.2 y 3 RD 515/2005) (*infra* § 38).

con carácter general, para cualquier medida, un procedimiento de revisión relativo a su aplicación.

Así está previsto específicamente, como ya se ha señalado [*supra* § 27.4.b).i.3] para las medidas de internamiento, que contienen una regla común en los apartados 2 de los arts. 101, 102 y 103 CP, en virtud de la cual se establece que «el sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código». *A sensu contrario* cabe entender que con autorización judicial podrá abandonar el centro, con lo cual la medida dejaría ya de ser entonces privativa de libertad.

El **procedimiento de revisión** se inicia por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, que con una periodicidad «al menos anual», elevará al Juez o Tribunal sentenciador «una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad de la pena [*sic*] privativa de libertad impuesta».

Para formular su propuesta, a tenor de lo dispuesto en el **art. 98 CP**, «el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad, y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene» [véase también el **art. 25 RD 515/2005**].

Esta propuesta se eleva al Juez o Tribunal sentenciador para que «durante la ejecución de la sentencia» adopte con carácter imperativo (la LO 15/2003 ha sustituido «podrá» por «adoptará» del encabezamiento del art. 97 CP), «mediante un procedimiento contradictorio» una decisión al respecto. Las posibilidades que se le ofrecen al Juez o Tribunal sentenciador son estas cuatro:

a) En primer lugar, «**mantener** la ejecución de la medida de seguridad impuesta». Esta posibilidad ha sido introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, y resulta lógica si tenemos en cuenta que el órgano judicial, tras el procedimiento legalmente establecido y con una periodicidad no superior al año, tiene que examinar la evolución de la peligrosidad criminal del sujeto y adaptar la medida a dicha evolución. Si dicha peligrosidad no ha cambiado y si se considera que la medida de seguridad que inicialmente

se había impuesto es la más conveniente, como es lógico, tendrá que adoptar la decisión de continuar en su aplicación.

b) En segundo lugar, puede suceder que tras dicho examen considere que la peligrosidad ha desaparecido, en cuyo caso tendrá que «decretar el **cese** de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto».

c) En tercer lugar, también es posible que dicha peligrosidad no haya desaparecido, pero, en cambio, se considere que ya no resulta oportuna la medida de seguridad inicialmente impuesta. En este caso, el órgano judicial ordenará «**sustituir** una medida de seguridad por otra que se estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acertada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida». Esta última indicación de volver a la medida sustituida ha sido introducida por la LO 15/2003 y no parece correcta en todos los casos. Si el órgano judicial aprobó inicialmente la sustitución es porque consideraba que la medida inicialmente impuesta no era adecuada. Si esto sigue siendo así, no parece correcto obligar al juez a que tenga que ordenar de nuevo aplicar dicha medida. Lo correcto sería permitir que el juez pudiese imponer otra medida distinta de la inicialmente impuesta. Aunque el tenor literal de la ley así lo impide, tampoco creo que hubiese que descartar absolutamente la posibilidad de una segunda sustitución posterior como consecuencia de una nueva propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Sobre la sustitución de las medidas de seguridad volveremos en un apartado más adelante al referirnos a la sustitución de medidas privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional [*infra* § 27.5.c)].

d) Y por último, también se ofrece al órgano judicial la posibilidad de **suspender** la ejecución del resto de la medida de seguridad. Esta solución presupone que no ha desaparecido la peligrosidad criminal, pues en este caso la decisión preceptiva es el cese. La suspensión obedece a que con ella se pretende conseguir la definitiva desaparición de la peligrosidad. El plazo de la suspensión no será «superior al que reste hasta el máximo señalado en

la sentencia que la impuso». Durante este período «la suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca» o a que «nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código». Más que cualquiera de estas circunstancias –recordemos: que el sujeto (imputable o semiimputable) haya cometido un hecho previsto como delito; y que tenga un pronóstico de peligrosidad criminal– habría que entender que deben darse las dos, pues el fundamento de la medida de seguridad estriba en la peligrosidad criminal, y sin ésta, aquélla no resulta necesaria.

A diferencia de lo dispuesto en el art. 83 CP para la suspensión de la pena de prisión, no se ha previsto para las medidas la posibilidad imponer, de junto a la suspensión, la obligación de cumplir ciertas reglas de conducta. Sin embargo, como veremos a continuación [*infra* § 27.5.b)], el art. 105 CP ha previsto la posibilidad de establecer medidas no privativas de libertad como complementarias de las privativas de libertad. Además, si se examina el catálogo de las reglas de conducta previstas en el art. 83 CP se comprobará que figuran como medidas complementarias en el art. 105 CP. De este modo, las medidas complementarias vendrían a cumplir la función que en la suspensión de la pena de prisión cumplen las reglas de conducta del art. 83 CP. Si bien hay que resaltar que esta posibilidad únicamente está prevista para las medidas de internamiento, y no para las no privativas de libertad.

### b) *Medidas complementarias no privativas de libertad*

Relacionado también con esa flexibilidad en la aplicación de la medida de seguridad, se encuentra también lo dispuesto en el **art. 105 CP**, que prevé la posibilidad de imponer, junto a las medidas de seguridad privativas de libertad, también otra u otras medidas no privativas de libertad.

**Art. 105 CP:** En los casos previstos en los artículos 101 a 104, el juez o tribunal cuando imponga la medida privativa de libertad, o durante la ejecución de la misma, podrá acordar razonadamente la obligación de que el sometido a la medida observe una o varias de las siguientes medidas:

1. Por un tiempo no superior a cinco años:
  - a) Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario.

b) Obligación de residir en un lugar determinado.

c) Prohibición de residir en un lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

d) Prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.

e) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

f) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo profesional, de educación sexual y otros similares.

g) prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.

2. Por un tiempo de hasta diez años:

a) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

b) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Para decretar la obligación de observar alguna o algunas de las medidas previstas en este artículo, el juez o tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometimiento a la medida de seguridad.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios de la Administración correspondiente informarán al juez o tribunal sentenciador.

Este precepto ha sido modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en cinco puntos, unos con más trascendencia que otros. En primer lugar, se da una nueva redacción al encabezamiento del apart. 1 y se añade la expresión «cuando imponga la medida privativa de libertad». Así pues, estas medidas complementarias sólo se pueden imponer cuando se imponga una medida de internamiento. A este respecto, hay que tener en cuenta que las medidas privativas de libertad sólo se imponen en los casos previstos en los arts. 101 a 104 CP «si fueren necesarias», por lo que es posible que

aunque el hecho cometido estuviese sancionado con una pena privativa de libertad y en principio se pudiese imponer una medida de internamiento, sin embargo, no se estime necesario el internamiento, y por consiguiente, tampoco se pueda imponer una medida complementaria no privativa de libertad. No obstante, la posibilidad de imponer varias medidas no privativas de libertad en estos casos está prevista en el **art. 95.2 CP**, el cual establece, *a sensu contrario*, que cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar no sólo alguna, sino también *algunas* de las medidas previstas en el art. 96.3 CP, que son las no privativas de libertad.

En segundo lugar, se ha añadido en la letra d) del apart. 1 la expresión «o territorios, espectáculos deportivos o culturales... o de juego». Aunque todos estos lugares o acontecimientos pudieran considerarse abarcados por la genérica expresión «lugares», que sigue figurando en esta medida, sin embargo, se ha querido insistir en la oportunidad de adoptar esta medida para ciertas personas: hooligans y ludópatas. Esta modificación hay que ponerla en relación con la llevada a cabo también por esta Ley en el ámbito del delito de desórdenes públicos que ha introducido los arts. 557.2 y 558 CP, en los que se incorpora como pena principal la prohibición de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza de aquellos en los que se haya cometido el delito [*supra* § 16.3.e).i].

En tercer lugar, LANDROVE DÍAZ ha llamado la atención sobre el hecho de que en la letra f) del apart. 1 del art. 105 CP falta una coma entre educativo y profesional. No se trata de una sola medida de sometimiento a programas de tipo educativo profesional, sino de dos: de tipo educativo y de tipo profesional.

En cuarto lugar, y de modo similar a lo previsto en el art. 98 CP para la propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria sobre el mantenimiento, cese, suspensión o sustitución de la medida de seguridad, se ha introducido un nuevo párr. 2º en el apart. 2, en virtud del cual para decretar la medida de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, así como para la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, el juez o tribunal sentenciador deberá *valorar los informes* emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad.

Y en quinto lugar, se ha modificado el tenor del último párrafo del art. 105 CP, que antes se refería a los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior o de la Administración Autonómica, y ahora se simplifica y se dice únicamente «los servicios la Administración correspondiente».

Para la ejecución de las medidas no privativas de libertad, el **art. 106 CP** se refiere genéricamente, sin ninguna concreción, lo cual dificulta enormemente la aplicación práctica de estas medidas, a que «el Juez o Tribunal sentenciador dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido» a las mismas.

### *c) Sustitución de medida de seguridad por expulsión del territorio*

La sustitución de una medida de seguridad por la *expulsión del territorio nacional* del **art. 108 CP**, que al igual que su correlativa para la pena prevista en el art. 89 [*supra* § 13.2.a)], ha sido modificada por la LO 11/2003, de 29 septiembre, es una buena muestra de la primacía, en demasiadas ocasiones, de los criterios de orden público sobre las exigencias de prevención general y especial. Baste señalar que esta medida de expulsión del territorio nacional, cuando el sujeto sea extranjero no residente legalmente en España, sustituye con carácter preceptivo (antes facultativo) a cualquiera de las medidas de seguridad que le sean aplicables (antes sólo a las privativas de libertad) y tiene una duración de 10 años (antes su duración era como máximo diez años).

La reforma de 2003 ha establecido que dicha expulsión será de carácter preceptivo, «salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España», y que si el extranjero intentara quebrantarla empezará a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

La expulsión así acordada llevará consigo, en aras de una mayor eficacia, el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

#### d) *Quebrantamiento de la medida*

Finalmente, existen reglas particulares sobre el *quebrantamiento* de las medidas en el **art. 100 CP**. Este precepto ha sido modificado también por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, para zanjar de raíz las dudas que la anterior normativa había suscitado respecto de la trascendencia del quebrantamiento de medidas no privativas de libertad. Ahora tanto para las medidas de internamiento como para las no privativas de libertad, así como para inimputables como para semiimputables, se dispone que, en cualquier caso, se deduzca testimonio por el delito de quebrantamiento de condena (**art. 100.3 CP**). Sin embargo, la extensión de esta decisión a todos los supuestos puede ser discutible, pues no sería de extrañar que el juez tuviese que volver a imponer otra medida de seguridad por el delito de quebrantamiento de condena, “con la peligrosa circularidad que ello supone”<sup>355</sup>.

Con independencia de esta consecuencia común a ambas medidas, sin embargo, su distinta naturaleza obliga a distinguir según que se trate del quebrantamiento de una medida de seguridad privativa de libertad, por un lado, y del de una medida no privativa de libertad, por otro.

En el primer caso, el **art. 100.1 CP** establece que «el quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar a que el juez o tribunal ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado».

«Si se tratare de otras medidas –dice el **art. 100.2 CP**–, el juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad». La medida de internamiento sólo resulta posible imponerla si el delito tuviese prevista como pena la de prisión, y además si fuese necesaria. Se manifiesta una vez más la subsidia-

355. Véase, por todos, SANZ MORÁN, *Las medidas*, 311.

riedad de las medidas de seguridad privativas de libertad, de tal modo que este precepto no impone, sino que sólo faculta la sustitución de una medida no privativa de libertad por otra de internamiento, “siendo perfectamente posible volver a la medida quebrantada o sustituirla por otra que tampoco comporte privación de libertad”<sup>356</sup>.

---

356. SANZ MORÁN, *Las medidas*, 310.



## CAPÍTULO VIII

## Derecho penal de menores

### § 28. Consideraciones previas sobre los menores y el Derecho penal

La comisión de hechos antijurídicos por parte de niños y jóvenes es una cuestión que siempre ha preocupado a la sociedad, pero que únicamente a finales del siglo XIX daría lugar a la aparición de un sector del Derecho penal específicamente dedicado a ellos. Este ámbito del Derecho penal presenta rasgos propios por las singulares características de sus destinatarios. No se les puede tratar como a “pequeños adultos”, por lo que parece oportuno que el Derecho, en general, y el penal en particular, adapte sus instituciones y principios fundamentales a las necesidades que se derivan de la diferente naturaleza que tienen estos autores<sup>357</sup>.

---

357. La bibliografía sobre el Derecho penal juvenil es muy extensa. Además de la revista específicamente dedicada al examen de los problemas sustantivos y procesales vinculados a la responsabilidad penal del menor, titulada *Anuario de Justicia de Menores* (dirigida por J.S. Martín Ostos) (=AJM), destacamos los siguientes trabajos últimamente publicados: AAVV: *Niños y jóvenes criminales*, Ed. Comares, Granada, 1995; ALBRECHT, *El derecho penal de menores* (trad. Bustos Ramírez), Ed. PPU, Barcelona, 1990; CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación. Derecho penal y procesal de menores*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1988; *Delincuencia juvenil. ¿Asistencia terapéutica versus justicia penal?*, Ed. Universidad de La Rioja, Logroño, 2002; CUELLO CONTRERAS, *El nuevo Derecho penal de menores*, Ed. Civitas, Madrid, 2000; GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER (dir.): *Delincuencia juvenil y control social*, Ed. Círculo Editor Universo, Barcelona, 1981; *Legislación de menores en el*

## 1. Naturaleza biológica, psicológica y social diferente del menor

Como es sabido, el ser humano transcurre, a lo largo de su vida, por diferentes etapas o fases de desarrollo. Al estudio de las mismas se han aplicado perspectivas biológicas, psicológicas y sociológicas, obteniendo resultados, que como en cualquier otro ámbito de la criminalidad, la Ciencia del Derecho penal no puede ignorar.

La adolescencia representa esa etapa de transición que sirve de puente entre la infancia y la edad adulta. Pues bien, siguiendo a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA en este punto, podemos resaltar los siguientes rasgos que diferencian al adolescente del adulto<sup>358</sup>:

a) Desde un punto de vista *biológico*, la pubertad da entrada a la adolescencia y en ella se pone de manifiesto la maduración sexual. Estos procesos de maduración dan lugar a una rápida aceleración del crecimiento físico, al cambio de las dimensiones del cuerpo, a modificaciones hormonales, al desarrollo de las características sexuales primarias y secundarias, así como a otras modificaciones significativas del sistema nervioso central.

b) Desde un punto de vista *psicológico*, en la adolescencia se produce otro cambio importante. Desde los estudios del psicólogo francés Jean PIAGET se suele distinguir seis estadios en el desarrollo de la inteligencia, el último

---

*siglo XXI: Análisis de Derecho comparado*, Ed. CGPJ, Madrid, 2000; HERNÁNDEZ GALILEA (coord.): *El sistema español de justicia juvenil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003; LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal de menores*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001; *Introducción al Derecho penal de menores*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003; MARTÍN LÓPEZ (coord.): *Justicia con menores, menores infractores y menores víctimas*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000; RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley penal*, Ed. Comares, Granada, 1993; RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.): *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, Ed. Comares, Granada, 1998; SERRANO GOMEZ, *Delincuencia juvenil en España: estudio criminológico*, Ed. Doncel, Madrid, 1970; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil: consideraciones penales y criminológicas*, Ed. Colex, Madrid, 2003.

358. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», CDJ t. XV (1996), 249 ss.

de los cuales se adquiriría en la adolescencia y representa el paso del pensamiento concreto o práctico al abstracto o formal. Sin embargo, de los datos de investigaciones posteriores cabe extraer que la capacidad de los adolescentes para resolver problemas complejos está en función también del aprendizaje acumulado y de la educación recibida, que enriquecen al joven con nuevas capacidades cognitivas y que contribuyen de modo muy significativo a terminar de madurar su personalidad y a conseguir su integración social.

Pero como llama la atención GARCÍA-PABLOS, el proceso de aprendizaje y de socialización del adolescente se caracteriza por su *fragilidad* (muy condicionado por sus grupos primarios), por la relevancia del *aprendizaje abreviado* (no exige comunicación interpersonal ni se basa en la experiencia propia), y por último, por la *pobreza y simplismo de los mecanismos de atribución y justificación del joven* (consecuencia del déficit cognitivo).

c) Y desde un punto de vista *social*, los intereses afectivos de los adolescentes comienzan a abandonar el ámbito familiar, estableciendo nuevos contactos sociales (empiezan a pertenecer a pequeñas pandillas). El problema reside en que la afectividad va más allá de la familiar, pero el adolescente (biológicamente maduro) sigue dependiendo, tanto psicológica como socialmente, de la familia.

## 2. Modelos de reacción frente a la delincuencia de menores

Debido a las diferencias entre menores y adultos, existe la opinión unánime de que aquellos que cometan hechos antijurídicos requieren un tratamiento diferenciado al del adulto.

Dejando al margen precedentes remotos, en los cuales había una equiparación entre menores y mayores, el régimen jurídico de distinción empezó a surgir, fruto de la ideología positivista de la época, a finales del siglo XIX y principios del XX<sup>359</sup>. Concretamente suele haber coincidencia en señalar

359. Véase, entre otros, CUELLO CALÓN, «Origen y desarrollo del movimiento protector de la infancia abandonada y de la juventud delincuente», RGLJ 107 (1905), 241 ss. y 353 ss.

que el origen de los Tribunales de Menores se encuentra en EEUU, donde se funda el primer *Juvenile Court*, en la ciudad de Chicago en 1899<sup>360</sup>. Esta figura se extendería luego rápidamente a los restantes Estados americanos y más tarde a Europa y al resto del mundo. En Europa los primeros Tribunales de Menores fueron creados en Portugal (1911) y en Bélgica (1912). En España, como veremos después (*infra* § 29), se crearían en 1918.

A partir de este momento, el Derecho penal de menores experimentó una evolución en la que se pueden apreciar tres grandes modelos: el modelo de protección o tutelar, el educativo o de bienestar y el de responsabilidad o de justicia<sup>361</sup>. A grandes rasgos, en el primero existe una subordinación de lo educativo a lo judicial; en el segundo, un predominio de lo educativo a lo judicial; y en el tercero, se busca un equilibrio entre ambos aspectos.

#### a) *Modelo tutelar o de protección*

El modelo protector, también denominado tutelar o de asistencia, estuvo vigente desde el nacimiento de las jurisdicciones especializadas para menores hasta el final de la II Guerra Mundial. Este modelo estaba influido por el positivismo criminológico y el correccionalismo de la época, por lo que los menores infractores, al ser sujetos todavía en formación, eran considerados como incapaces, anormales y peligrosos para la sociedad. La reforma o corrección de los menores infractores fue el ideal que persiguió este modelo.

Las *características* principales de este modelo eran las siguientes:

- Separación absoluta de los menores y los adultos, para evitar las influencias corruptoras de éstos.
- Existencia de un tribunal especial, pero no necesitaba estar formado por un Juez. Lo importante era conseguir, ante todo, la reeducación del niño, y lo secundario era garantizar una correcta aplicación del Derecho.

360. Así, por todos, PÉREZ VITORIA, *La minoría penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1940, 83.

361. Sobre las características de estos modelos, véanse, entre otros, GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, «La mayoría de edad penal en la reforma», LH-J. del Rosal (1993), 609 ss.; RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley*, 216 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, 100 ss.

- Conforme a ello, no era necesario un proceso en toda regla, pues si de lo que se trataba era de curar al menor, todo estaba permitido.
- Adelantamiento de la intervención del Tribunal tutelar incluso a conductas no delictivas.
- La curación pasaba por apartar a los menores de su ambiente social, pues esto era lo auténticamente nocivo para él. Se internaban “por su bien”, en centros específicos para ellos, como eran los reformatorios, los cuales se convierten en pieza clave de todo el sistema.

### b) *Modelo educativo o de bienestar*

En el período de expansión económica y de aumento de las prestaciones sociales que se inicia tras la Segunda Guerra Mundial, aparece el modelo educativo, propio del Estado social de Derecho o Estado del *welfare*, de ahí otra de las denominaciones con que se conoce a este modelo. El Estado del bienestar, como es sabido, se basa en la concepción de que el Estado es guardián de la seguridad y responsable de eliminar la pobreza, mejorar las condiciones de trabajo, sanidad, enseñanza, etc.

El modelo de protección en Europa entra en crisis a partir de la década de los 60, evolucionando hacia el modelo educativo, el cual se caracteriza, sobre todo, por la potenciación del tratamiento educativo, a través de soluciones extrajudiciales en detrimento de la intervención judicial. El objetivo consiste precisamente en no intervenir en interés del menor, es decir, justamente lo contrario del modelo tutelar o de protección.

Las *características* principales de este modelo serían las siguientes:

- Intervenir lo menos posible. Por ello se buscan soluciones extrajudiciales, que son las bases de lo que posteriormente se conocerá como modelos de *diversion* o de mediación.
- Abandono de los métodos represivos en favor de la acción educativa.
- El menor deja de ser el único objeto de atención. Se tiende a dejarlo en el seno de la familia, ofreciéndose a él y a su familia la ayuda necesaria.
- El internamiento aparece como el último recurso a utilizar y solamente en casos muy extremos. Por ello desaparecen los grandes reforma-

torios, y como contrapartida se ponen en marcha una gran variedad de organismos asistenciales.

- Se mantiene del anterior modelo la idea de que la intervención de estos organismos es sólo educativa. La Justicia de menores interviene, no porque se haya producido una infracción penal, sino para cubrir las necesidades del menor.

### c) *Modelo de responsabilidad o de justicia*

Desde la década de los años ochenta se produce un cambio de modelo en toda Europa. Existe la opinión, más o menos extendida, de que se ha ido demasiado lejos en el modelo educativo. Los cambios económicos y sociales experimentados durante los años ochenta dieron lugar a un incremento de la delincuencia juvenil, reclamándose, consecuentemente, la imposición de medidas represivas a los menores delincuentes. De este modo surge el modelo de responsabilidad o de justicia, que se contrapone al educativo.

Ahora bien, el cambio de modelo supuso también una transformación del modo de ver al menor. Éste ya no es sólo un objeto de protección, al cual hay que curar o educar, sino que es también un **sujeto de derechos**. Lógicamente, si la responsabilidad del joven pasa a primer plano, como si fuese un adulto, no se sería justo que se prescindiese de los derechos que amparan y asisten al adulto. Sin embargo, el menor no es un adulto plenamente formado, por lo que no se pueden olvidar los aspectos educativos. Por ello, en el modelo de responsabilidad o de justicia se intenta combinar aspectos educativos con otros sancionatorios o represivos.

Las *características* principales de este modelo pueden resumirse en las siguientes:

- Un mayor acercamiento, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales, de la justicia de menores a la justicia penal adulta.
- Una mayor responsabilidad de los jóvenes.
- Se limita al mínimo indispensable la intervención de la justicia.
- Se desarrolla una amplia gama de medidas basadas en principios educativos, reduciendo al mínimo también las sanciones privativas de libertad.

- Se presta una mayor atención a la víctima fomentando la reparación de la víctima o de la sociedad a través de labores de utilidad social.
- Se establece una franja de edad para el Derecho penal de menores. El modelo de responsabilidad introduce la necesidad de establecer una minoría y una mayoría de edad penal. La minoría suele situarse entre los 10 y los 14 años, edad por debajo de la cual no intervendría la Justicia de menores, sino que lo hacen los organismos de bienestar social. La mayoría de edad suele situarse a los dieciocho años, si bien en alguna ocasión se prevé la posibilidad de aplicar el régimen de menores a jóvenes adultos hasta una edad que gira en torno a los 21 años.

## § 29. Evolución histórica del Derecho penal español de menores

Como hemos dicho más arriba, los primeros Tribunales de menores aparecieron en EEUU a finales del siglo XIX. En España, con anterioridad a su aparición había habido algunas instituciones tutelares de menores, como la figura del Padre de Huérfanos de Valencia o la de los Toribios de Sevilla. Sin embargo, salvando estas y otras excepciones, el menor infractor era juzgado y encerrado, como norma, junto con el adulto<sup>362</sup>.

1. Esta situación cambiaría con la aprobación de una proposición de ley presentada por MONTERO RÍOS, que sería aprobada como Ley de Bases, primero, y luego, el 25 de noviembre de 1918, como Decreto-Ley sobre Organización y Atribuciones de los **Tribunales para Niños** (en 1925 se añadiría el adjetivo «Tutelares» y en 1929 pasarían a denominarse «Tutelares de Menores»). Las

362. Sobre la evolución histórica del Derecho penal español de menores, véanse, entre otros, BENITO ALONSO, «Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad de los menores, como criterio de interpretación de la misma», LL 2001-4, 1454 ss.; GARCÍA VALDÉS, *Los presos jóvenes (apuntes de la España del XIX y principios del XX)*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; HIGUERA GUIMERA, «Los antecedentes históricos de la minoría de edad penal», AP 2003, 845 ss.; *Derecho penal juvenil*, 105 ss.

características principales estos Tribunales para Niños eran las siguientes: 1) el modelo se decanta por una pseudo-judicialización del órgano, porque aunque se le califique como Tribunal, sin embargo, sus miembros no tenían que pertenecer a la carrera judicial, sino que eran nombrados de entre profesionales del Derecho; 2) la labor de estos Tribunales desbordaba el ámbito del menor infractor, entrando también dentro de sus competencias la de velar por el menor abandonado; y 3) había una carencia absoluta de las más mínimas garantías procesales durante el enjuiciamiento del menor.

2. La Ley de 1918 se mantendría en vigor hasta 1948 en que se aprueba por Decreto de 11 de junio el **Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores**. Esta Ley establecía un Tribunal Tutelar de menores en cada capital de Provincia, formado por un presidente, un vicepresidente, dos vocales propietarios y dos suplentes, mayores de 25 años, de moralidad y vida familiar intachables, elegidos todos entre aquellas personas que residiesen en el territorio en que habían de ejercer su jurisdicción y que por su conocimientos técnicos se hallasen más indicadas para el desempeño de su función tuitiva<sup>363</sup>. También estaban previstos, aunque con carácter excepcional, unos Jueces unipersonales que eran elegidos en similares términos.

En cuanto a la competencia de estos Tribunales, ejercían una triple facultad: reformadora, represiva y protectora. Por lo que a las facultades *reformadoras* se refiere, que no podían tener carácter represivo, sino educativo y tutelar, conocían de las acciones y omisiones atribuidas a menores de 16 años que el CP o las leyes especiales calificasen como delito o falta, a excepción de las que correspondiesen a la jurisdicción castrense; de las infracciones cometidas por menores de la misma edad consignadas en las leyes provinciales y municipales; y de los casos de menores de 16 años prostituidos, licenciosos, vagos, vagabundos, siempre que, a juicio del Tribunal respectivo, requieran el ejercicio de su facultad de reforma. En segundo lugar, y como facultades *represivas*, conocían de determinadas faltas cometidas por mayores de 16 años. Y por último, en el ejercicio de

363. Posteriormente, por Decreto 414/1976, de 26 de febrero, se estableció la posibilidad de que miembros en activos de las carreras judicial y fiscal pudieran ejercer las funciones de jueces de menores en régimen de compatibilidad.

la facultad *protectora*, de carácter esencialmente preventivo, los Tribunales de menores tenían competencia para la protección jurídica de los menores contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda o educación en los casos de malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores de ciertas conductas penales.

El modelo tutelar en esta Ley era palpable no sólo por las competencias que ejercían los Tribunales Tutelares de Menores, sino también por la falta de garantías procesales y la indeterminación de la duración de las medidas aplicables a los menores. Lo importante era conseguir, ante todo, la reeducación del niño, y lo secundario era garantizar una correcta aplicación del Derecho. Por ello no era necesario un proceso en toda regla, y así aquella Ley disponía que «en los procedimientos para corregir y proteger a menores, [...] el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones» (art. 15); en lo referente a la calificación de los hechos los Tribunales no estaban sujetos al principio de legalidad, pues se apreciarían «con razonada libertad de criterio», atendiendo fundamentalmente a las condiciones morales y sociales que hubiesen manifestado los menores en su comisión, «prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico» de los mismos (art. 16). Asimismo, el catálogo de medidas aplicable era variado, pero resultaba vulnerado el principio de proporcionalidad, porque no tenían una duración determinada. No se fijaba ningún límite, señalando únicamente que la facultad reformadora no podía extenderse más allá de la mayoría de edad civil (art. 18). El procedimiento carecía de publicidad, de contradicción, de necesidad de práctica de prueba, de presunción de inocencia, de derecho a no declarar, de asistencia y defensa letrada, etc.

En definitiva, aunque el modelo tutelar pretendiese extraer a los menores del Derecho penal, sin embargo, en realidad quedaban sometidos a auténticas sanciones penales, algunas de ellas con un contenido idéntico a las sanciones de adultos, pero con la particularidad de que a los menores no se les respetaban las mismas garantías legales y judiciales que estaban previstas para los adultos.

3. Con la aprobación de la **CE/1978**, el modelo de justicia de menores diseñado por la Ley de 1948 necesariamente tenía que adaptarse a los principios y derechos constitucionales reconocidos en la misma. La Constitu-

ción no se refiere expresamente a la jurisdicción de menores, pero qué duda cabe, que los principios fundamentales en ella consagrados deben inspirar todo el ordenamiento jurídico, y muchos de ellos resultaban infringidos por la Ley de Tribunales Tutelares de Menores<sup>364</sup>.

En desarrollo del marco constitucional se aprobó la **LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial**, la cual creó los Juzgados de menores, incorporándolos, por primera vez en nuestra historia, dentro de la jurisdicción ordinaria. Según el art. 96.1 LOPJ, «en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de Menores»<sup>365</sup>, siendo sus competencias, según el art. 97 LOPJ, «el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes». Estas otras funciones que les atribuyan las leyes dio pie a que se especulase acerca de la posibilidad de que junto a la función de reforma los Juzgados de Menores ejercieran también la función de protección de los menores. Sin embargo, esta posibilidad fue descartada posteriormente por el propio legislador al aprobar la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que atribuyó la facultad protectora de los menores a la Entidades Públicas correspondientes de carácter administrativo, y que posteriormente sería desarrollada esta función por la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

4. La Disp. Adic. 1ª de la LOPJ ordenaba al gobierno para que en el plazo de un año remitiera a las Cortes un Proyecto de Ley de reforma de la legislación tutelar de menores. Entretanto, la Disp. Trans. 4ª de dicha Ley establecía que los Tribunales Tutelares de Menores continuasen ejerciendo sus funciones hasta que entrasen en funcionamiento los Juzgados de Menores.

364. Véanse, entre otros, CANTARERO BANDRÉS, «Ley de Tribunales Tutelares de Menores (texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) y Constitución», ADPCP 1986, 113 ss.; VIVES ANTÓN, «Constitución y Derecho penal de menores», PJ 21 (1991), 93 ss [=La libertad como pretexto (1995), 337 ss.].

365. La Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial creó, inicialmente, 70 Juzgados de Menores en toda España. Y por Orden Ministerial de 26 de mayo de 1990 se dispuso su entrada en funcionamiento el 16 de julio de ese mismo año.

Sin embargo, como tantas veces sucedió en España con relación a la reforma penal, dicho Proyecto de Ley no llegó a convertirse nunca en ley. Esta situación legislativa no podía seguir manteniéndose por más tiempo, pero a ello se vino a sumar la ratificación por España de diversos **Tratados internacionales** en los que se instaba a los países miembros a respetar los derechos fundamentales de los menores.

Entre estas disposiciones de carácter internacional cabe citar la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. Ya antes de esta Convención, las Naciones Unidas habían aprobado un Conjunto de Reglas Mínimas relativas a la Administración de la Justicia para menores, más conocidas como Reglas de Beijing o de Pekín, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985. Y un año después de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, las Naciones Unidas aprobaron dos resoluciones muy importantes: la Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, por la que se establecen unas Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil, más conocidas como Directrices de Riad; y la Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, por la que se adoptan unas Reglas para la protección de los menores privados de libertad.

Asimismo, a nivel europeo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa elaboró una Recomendación, la nº (87) 20, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, en la reunión celebrada el 17 de septiembre de 1987.

En estos textos internacionales se configura un modelo mixto de justicia de menores<sup>366</sup>, en el cual se combinan aspectos procedentes de los

366. Sobre estas disposiciones internacionales, véanse, entre otros, BERISTAIN IPIÑA, «Menores infractores-víctimas ante las Naciones Unidas y el Consejo de Europa», *Eguzkilore* 10 (1996), 177 ss.; GARCÍA PÉREZ, «La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales», AP 2000, 673 ss.; MARTÍN LÓPEZ, «Delincuencia juvenil y normativa internacional», LH-Barbero Santos I (2001), 329 ss.; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «Los menores y el Consejo de Europa», AP 1993, 297 ss.

Para una perspectiva comparada, véase, por todos, GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER (dir.): *Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho comparado*, Ed. CGPJ, Madrid, 2000.

sistemas educativos con otros de los sistemas de responsabilidad, y que reflejan lo que se ha dado en denominar modelo de las «4D», de procedencia norteamericana, y que obedece a cuatro principios generales: *decriminalization* (despenalización), *deinstitutionalization* (desinstitucionalización), *diversion* (desjudicialización) y *due process* (proceso justo).

5. Sumado todo lo expuesto con anterioridad hacía ya prácticamente insostenible la situación, y llevó a una serie de Juzgados de Menores (entre ellos, los de Tarragona, Barcelona, Madrid y Oviedo) a presentar cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC por inconstitucionalidad sobrevenida de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. La **STC 36/1991, de 14 de febrero** (Pte. F. Rubio Llorente), declaró inconstitucional el art. 15 de la Ley por vulnerar lo dispuesto en el art. 24 CE. El TC declara que el procedimiento de menores tiene naturaleza penal, y que, por tanto, debía respetar, conforme a lo dispuesto en el art. 40 de la Convención de Derechos del Niño, los derechos fundamentales que consagra el art. 24 CE, con la única salvedad del principio de publicidad<sup>367</sup>.

6. El TC reconocía en esta sentencia que con ella se creaba «una situación normativa oscura e incluso un vacío normativo que únicamente la actividad del legislador» podía colmar. Pues bien, este vacío legal fue subsanado por la **LO 4/1992, de 5 de junio, de Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores**, que a su vez fue también objeto de cuestiones de inconstitucionalidad, pero que fueron finalmente desestimadas por la STC 60/1995, de 17 de marzo.

Esta Ley reformó ampliamente la Ley de 1948, que, según la Disp. Adic. 1ª, pasaría a denominarse a partir de entonces como Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.

Con carácter general la LO 4/1992, de 5 de junio, ha tenido buena acogida, porque la reforma era necesaria, aunque no han faltado algunos reparos, como, por ejemplo, la carencia de medios, cosa que se repetiría también

367. El vacío normativo que creó la STC en cuanto al procedimiento dio lugar a que la Fiscalía General del Estado dictase la Instrucción 2/1992, de 13 de febrero, sobre intervención de los fiscales ante la jurisdicción de menores, instando a los fiscales a intervenir en todos los procedimientos tramitados ante los Juzgados de Menores, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales y libertades públicas de los menores.

posteriormente<sup>368</sup>. Sin embargo, y según se decía en la propia Exposición de Motivos de dicha Ley, no venía a ser más que un parche provisional, por medio del cual se «adelanta[ba] parte de una renovada legislación sobre reforma de menores que [iba a ser] objeto de medidas legislativas posteriores». Esta normativa, sin embargo, tuvo que esperar bastantes años –ocho para ser exactos–, y tras a la aprobación de un nuevo CP.

La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores se asienta sobre tres pilares, que acercan nuestra legislación penal juvenil al modelo de responsabilidad y en algunos aspectos al modelo de las «4D», que hemos visto antes. Esos tres pilares básicos son la orientación del sistema a la satisfacción del interés del menor, la flexibilidad a la hora de adoptar las medidas más ajustadas a tal interés, y el respeto a los derechos fundamentales del menor.

En la línea del modelo de responsabilidad o de justicia, la LO 4/1992, de 5 de junio, establece un franja de edad para el Derecho penal de menores, de tal modo que se renuevan las competencias de los Jueces de menores, quedando del siguiente modo:

- Para *menores de 12 años* los Jueces de menores dejan de ser competentes. Hasta ese momento todos los Tribunales o Juzgados de menores que han existido en nuestra historia no han tenido un límite mínimo de edad para intervenir. A partir de esta Ley, se establece que por debajo de los 12 años, los autores de delitos o faltas serían puestos, en su caso, a disposición de las instituciones administrativas de protección de menores. La intervención se deriva, por tanto, hacia el Derecho civil (particularmente a través de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor).

368. Véanse, entre otros, DOLZ LAGO, «El Fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992», LL 1996-1, 1592 ss.; DEL MORAL GARCÍA/MUÑOZ MARÍN/PANTOJA GARCÍA/PÁRAMO Y DE SANTIAGO, «La ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. (Anotaciones tras ocho meses de aplicación)», AP 1993, 133 ss.; MUÑOZ ROJAS, «Sobre el nuevo juicio sancionador de menores (LO 4/1992)», AP 1993, 279 ss.; ORNOSA FERNÁNDEZ, «La nueva regulación del procedimiento penal de menores. ¿Un avance?», PJ 27 (1992), 149 ss.; VARGAS CABRERA, «La Ley Orgánica 4/92 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales», ADPCP 1993, 167 ss.

- Para *mayores de 12 años y menores de 16*, que era la edad fijada en el CP como límite de la responsabilidad criminal, los Jueces de menores eran competentes para conocer de los delitos y faltas cometidos por estos menores. Esto supuso también que se exigiese el principio de tipicidad penal del hecho, por lo que ya no conocían de otras conductas, como vagabundeo, vagancia, prostitución y otras conductas licenciosas, que no eran penalmente típicas. Sin embargo, se alejaba del modelo de las «4D» en que se castigaban todas las infracciones penales, igual que para los adultos.
- Y para *mayores de 16 años*, conocían también de las faltas contenidas en el art. 584 ACP (que tras la entrada en vigor del CP/1995 había que entender que se refería a los arts. 618 y 622).

Las *medidas* que podían imponer los Jueces, siempre en interés del menor, estaban limitadas temporalmente (no más dos años, salvo la de amonestación o internamiento de uno a tres fines de semana)<sup>369</sup>.

Se introdujeron también otras importantes novedades, como que la *instrucción* del procedimiento pasaría a ser asumida por el Fiscal de Menores, y por no el Juez. Con ello se garantizaba el principio básico de separación entre el órgano de decisión y el que ha realizado la instrucción<sup>370</sup>. Se establece también la intervención preceptiva de un *abogado defensor* del menor; se crea el *Equipo técnico*, que informaba sobre la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor; se introduce el *principio de oportunidad* y la *suspensión del fallo*, en virtud de los cuales no se llega a pronunciar sentencia (en el primero ni siquiera se llega a abrir el procedimiento; en el segundo, comprobada la culpabilidad del menor, se deja en suspenso el pronunciamiento del fallo durante un período de tiempo, condicionado a que no delinca durante ese período) [*supra* § 13.1]; y se presta una mayor atención a la *reparación de la víctima*.

369. Más detalles, entre otros, en GANZENMÜLLER ROIG, «Contenido y criterios de selección de las medidas de reforma en la Ley Orgánica 4/1992», PJ 32 (1993), 39 ss.

370. Sobre el papel de Ministerio Fiscal a raíz de esta Ley, véase la Instrucción de la FGE nº 1/1993, de 16 de marzo, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la LO 4/1992.

7. A la aprobación de la LO 4/1992, de 5 de junio, la mayoría de edad penal estaba fijada en los 16 años (art. 8.2 ACP)<sup>371</sup>. El Proyecto de CP de aquel año no se planteó ningún cambio en este tema<sup>372</sup>, sin embargo, el 10 de mayo de 1994 se aprobó una moción proponía establecer la mayoría de edad penal a los 18 años, e incorporar dicha decisión en el próximo Proyecto de CP. La petición del Parlamento fue recogida en el Proyecto de CP de 1994, y posteriormente refrendada por el Parlamento. Sin embargo, la **regulación del CP/1995** no declara exentos de responsabilidad criminal (como se hacía en los anteriores Códigos) al menor de 18 años, sino que,

371. La evolución histórica del Derecho penal español demuestra una paulatina elevación de la mayoría de edad penal. En el CP/1822 sólo para los menores de 7 años se presumía *iuris et de iure* que eran inimputables. Entre los 7 y los 12 años se atendía a su capacidad de discernimiento. Los Códigos de 1848 y 1870 elevaron la presunción de inimputabilidad a los menores de 9 años, manteniendo el criterio del discernimiento para mayores de 9 y menores de 15. Los Códigos de 1928 y de 1932 suprimieron el criterio del discernimiento y elevaron a los 16 años el límite incondicionado de la irresponsabilidad criminal.

Sobre la evolución histórica de la mayoría de edad penal en nuestros Códigos, véanse, entre otros, HIGUERA GUIMERÁ, «Los antecedentes históricos de la minoría de edad penal», AP 2003, 845 ss.; DEL ROSAL BLASCO, «Joven delincuente y Derecho penal», CPC 1994, 1037 ss.; VENTAS SASTRE, «La minoría de edad penal en el proceso de la codificación penal española (siglos XIX y XX)», CPC 77 (2002), 301 ss.; *Estudio de la minoría de edad, desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*, EDESA, Madrid, 2002.

372. El PCP/1980 establecía la mayoría de edad en 15 años. Por debajo de esa edad, el menor era irresponsable; para los mayores de 15 y menores de 18 se establecía una atenuante; y para las personas entre 15 y 21 años se permitía sustituir la pena de prisión por internamiento en un centro de rehabilitación social por tiempo indeterminado, sin que dicho internamiento pudiese exceder de 10 años. El PANCP/1983 elevó a los 18 años el límite de la mayoría de edad, de suerte que los menores de dicha edad que cometiesen una infracción penal quedarían sometidos a la jurisdicción de los Tribunales tutelares de Menores. Entre lo 18 y los 21 años se podía sustituir la pena de prisión por la de internamiento. El Borrador de Anteproyecto de CP de 1990 y el PCP/1992 siguen el criterio del CP entonces vigente.

Sobre el tratamiento de la minoría de edad penal en los distintos Proyectos, véase, entre otros, GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, «La mayoría de edad penal en la reforma», LH-J. del Rosal (1993), 607 ss.; RUIZ VADILLO, «El tratamiento de los menores en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. Algunas consideraciones críticas», RGD 1981, 316 ss.; SERRANO GÓMEZ, «La mayoría de edad penal en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (edad penal y edad criminológica)», RFDUCM monogr. 6 (1983), 609 ss.

según el **art. 19 CP**, «no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código», pero «cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor»<sup>373</sup>. Esto quiere decir que los menores de 18 años son responsables penalmente, si bien no se les aplicará el CP de adultos, sino una ley especial que regule su responsabilidad penal. Sería luego dicha ley la que estableciese la edad por debajo de la cual habría una total ausencia de responsabilidad penal.

La entrada en vigor del art. 19 CP quedaría, sin embargo, en suspenso en tanto en cuanto no se aprobase dicha ley (Disp. Final 7ª CP). Durante este período se mantuvieron en vigor los preceptos del anterior Código relativos a los menores [Disp. Derog. Única.1.a) CP]<sup>374</sup>.

El CP contiene también otro precepto que se remite a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores: el **art. 69 CP**. Aunque no se excluyese formalmente de la entrada en vigor, pues la Disp. Final 7ª CP sólo se refería al art. 19, sin embargo, hay que entender que su entrada en vigor estaba también condicionada a la aprobación de dicha ley, porque si no sería un precepto vacío de contenido. De hecho, la Disp. Final 7ª de la LO 5/2000, de 12 de enero, se refería expresamente a los dos preceptos. De todas formas, veremos luego en qué medida se ha producido o no a entrada en vigor del art. 69 CP [*infra* § 30.2.a).iv.].

8. El anuncio, previsto en el art. 19 CP, de la aprobación de una futura ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, no se vería hecho realidad hasta un lustro después, por medio de la **LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores** (=LORRPM). Y todavía habría que esperar otros cuatro años más para que viese la luz el **Reglamento**

373. Sobre este precepto, véase, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, «El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)», en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, 159 ss.

374. Sobre los problemas que planteaba el mantenimiento de la anterior normativa, véanse, entre otros, CUELLO CONTRERAS/MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el Código Penal de 1995: una ambigüedad insoportable», LL 1997-6, 1582 ss.; GIBERT JORDA, «La entrada en vigor de la elevación de la mayoría de edad penal. Una nueva interpretación», LL 1996-2, 1519 ss.

de desarrollo de la misma, aprobado por el RD 1774, de 30 de julio (=RLO-RRPM). Al estudio de esta normativa dedicamos el apartado que sigue.

### § 30. Estudio de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores

Se puede decir que el carácter provisional con que había sido aprobada la LO 4/1992, la moción aprobado por el Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994 y el art. 19 CP fueron los tres factores que determinaron de modo más directo la aprobación de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores<sup>375</sup>.

375. Hasta que se aprobó la LO 5/2000, de 12 de enero, hubo diversos intentos que, sin embargo, no fructificaron. Así, siendo Ministro de Justicia e Interior Don Alberto Belloch se presentó un Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor (de 27 de abril de 1995) [véase, entre otros, PANTOJA, «Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor», JpD 23 (1994), 19 ss.; RÍOS MARTÍN, «Notas críticas sobre el Anteproyecto de Ley penal juvenil y del menor: la criminalización de la infancia», PJ 37 (1995), 327 ss.], con la finalidad de que fuese aprobado junto con el CP/1995; sin embargo, no se logró tal propósito. Con el cambio de gobierno, y siendo Ministra de Justicia Doña Margarita Mariscal de Gante se presentó un Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil (de 30 de octubre de 1996), un Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil (de 30 de enero de 1997) [véase, entre otros, AGUIRRE ZAMORANO, «Los jóvenes del siglo XXI: Proyecto de Ley de justicia juvenil», en *Estudios de Derecho Judicial* 18 (1999), 329 ss.] y un Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores (de 1 de julio de 1997) [véase, entre otros, BUENO ARÚS, «El Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la justicia de menores», *Eguzkilore* n° 11 (1997), 159 ss.]. Estos trabajos culminarían con el Proyecto de Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores (de 27 de octubre de 1998) [véase, entre otros, RAMÓN FERNÁNDEZ, «Notas sobre el Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», RGD 1999, 12439 ss.], que lograría concluir todos los trámites parlamentarios el último día hábil de la legislatura correspondiente. Como ha puesto de relieve LANDROVE DÍAZ, a pesar de la importancia de esta ley, sin embargo, no tuvo mucha repercusión en los medios de comunicación, pues coincidió con la aprobación el mismo día de la Ley de Extranjería, que había sido objeto de viva polémica [«La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», LL 2000-4, 1662].

Según lo previsto en la Disp. Final 7ª de dicha ley, su entrada en vigor se produjo «al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado». Si se publicó en el nº 11, de 13 de enero de 2000, del BOE, entonces entró en vigor el 13 enero de 2001<sup>376</sup>.

## 1. Principios generales

Según lo dispuesto en el apart. II de la Exposición de Motivos de la LORRPM, la redacción de la misma “ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales<sup>377</sup>: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores

376. A propósito de la entrada en vigor de esta ley se ha producido una polémica que yo no me atrevería a considerar de pequeña, y es la siguiente. La Fiscalía General del Estado, por medio de su Circular nº 1/2000, de 18 de diciembre, entendió, siguiendo el criterio que había mantenido con anterioridad en otras Circulares (como la nº 3/1995, de 27 diciembre, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal en el proceso ante el Tribunal del Jurado; y la nº 1/1996, de 23 de febrero, sobre el régimen transitorio del CP), que el día de la publicación no contaba y que la Ley entraría en vigor el 14 de enero de 2000. Sin embargo, posteriormente tuvo que rectificar esta fecha en una nota aclaratoria de 11 de enero de 2001, en virtud de la cual y en atención a lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la LO 7/2000, de 22 de diciembre, que afirma en uno de sus apartados (el ordinal V), que la entrada en vigor de la LO 5/2000 está «... prevista para el día 13 de enero de 2001», cambia la fecha que inicialmente había previsto por la del 13 de enero de 2001.

377. Véase, entre otros,; GARCÍA PÉREZ, «Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: Un análisis crítico», RDPC 3 (1999), 33 ss.; MARTÍNEZ SERRANO, «Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000», CDJ 2001 t. III, 17 ss.; VIANA BALLESTER, «La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores», RP 13 (2004), 151 ss.

para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución”.

a) *Naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa*

La LO 5/2000 es una auténtica disposición sancionadora, pues regula la exigencia de la responsabilidad penal de los menores infractores. Pero precisamente debido a que nos encontramos ante sujetos todavía en formación, la intervención sobre el menor infractor tendrá una naturaleza fundamentalmente educativa, rechazando otras finalidades del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la reacción, o la intimidación de los destinatarios de la norma. Se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, y ha primar en todo caso el *superior interés del menor*, que será determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten. Dicho interés deberá ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas<sup>378</sup>.

Lo que se pretende es establecer un sistema de responsabilidad penal orientado hacia la reeducación y reinserción social del menor. Sin embargo, el hecho de que se acentúen al máximo las exigencias preventivo-especial no quiere decir que se prescinda totalmente de la proporcionalidad y de los fines de prevención general y de reafirmación del propio ordenamiento jurídico. De otro modo no tendrían sentido, por ejemplo, que en el art. 7.3, a la hora de elegir la medida a imponer, se tenga en cuenta, además de otras

378. Sobre el equipo técnico, téngase en cuenta también lo dispuesto en el **art. 4 RLORRPM**. Según el apart. 1 de este precepto, «los equipos técnicos estarán formados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales cuya función es asistir técnicamente en las materias propias de sus disciplinas profesionales a los jueces de menores y al Ministerio Fiscal, elaborando los informes, efectuando las propuestas, siendo oídos en los supuestos y en la forma establecidos en la LORRPM, y, en general, desempeñando las funciones que tengan legalmente atribuidas».

Véase al respecto, entre otros, BENAVIDES DOMÍNGUEZ/BARQUERO RODRÍGUEZ, «La intervención del Equipo Técnico en las distintas fases del procedimiento de menores», AJM 1 (2001), 399 ss.; MAYOR CASADO/GONZÁLEZ CASTILLO, «Equipo técnico y Ley: Evolución. Papel asignado y metodología», EJMF 2002-I, 885 ss.

circunstancias, «la valoración jurídica de los hechos»; o que se establezcan una serie de límites a la duración de las medidas fijados en los arts. 8 y 9 y en la Disp. Adic. 4ª LORRPM; o también las reformas introducidas por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, cuya finalidad ha sido la de reforzar los mecanismos de lucha contra el terrorismo y otros delitos especialmente graves, y por ello se endurece notablemente la respuesta penal frente a los menores que se hayan visto implicados en este tipo de delitos.

A pesar de que se haya seguido, entonces, un modelo de responsabilidad o de justicia, llama la atención, sin embargo, que en ningún momento se haya querido denominar a estas consecuencias jurídicas como lo que verdaderamente son: auténticas penas, que pueden consistir incluso en un internamiento en régimen cerrado. Eufemísticamente se las denomina medidas sancionadoras-educativas. Pero detrás de este ingenuo «fraude de etiquetas» “se esconde –a juicio de LANDROVE DÍAZ– el añejo paternalismo del que se pretende haber prescindido” (LL 2000-4, 1663).

### *b) Respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor*

Conforme a lo declarado por las STC 36/1991, la LO 5/2000 instaura un sistema de garantías adecuado a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia, pero sin obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que presiden este proceso. Según el **art. 1.3 LORRPM**, «las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 10 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España»<sup>379</sup>.

379. El **art. 7 RLORRPM** añade, repitiendo lo dispuesto en el art. 25 CE, que los menores y jóvenes gozarán de esos derechos, «a excepción de los que se encuentren expresamente limitados por la ley, el contenido del fallo condenatorio o el sentido de la medida impuesta».

### c) *Diferenciación de diversos tramos de edad*

La Ley diferencia diversos tramos de edad a efectos procesales y sancionadores. Por un lado se establece el límite de 14 años de edad para exigir este tipo de responsabilidad sancionadora a los menores de edad penal. Pero luego, y para los mayores de 14 y menores de 18 años, la ley distingue dos tramos: el primero de 14 a 16, y el segundo, de 17 a 18 años. Por presentar cada uno de estos grupos características diferentes, requieren un tratamiento distinto. Según veremos después [*infra* § 30.2.a).iii.], la comisión de delitos violentos, intimidatorios o con peligro para las personas, comporta un régimen agravado para los infractores del segundo tramo.

La aplicación de la LORRPM está prevista (art. 69 CP y 4 LORRPM) también para los mayores de 18 y menores de 21 años, a los que la ley denomina «jóvenes». Sin embargo, sin perjuicio de ver posteriormente cuál es su régimen [*infra* § 30.2.a).iv.], hay que advertir que dicha posibilidad se encuentra en suspenso hasta el 1 de enero de 2007.

### d) *Flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas*

La LORRPM establece como criterio rector la flexibilidad en la adopción y en la ejecución de las medidas. Siempre teniendo en cuenta el interés del menor, el Derecho penal de menores otorga una gran relevancia a distintas posibilidades de derivar el procedimiento hacia una solución desinstitucionalizada: no apertura del procedimiento, renuncia al mismo, o finalización sin la imposición de una medida o con una propuesta de reparación o de conciliación entre el infractor y la víctima (**arts. 18 y 19 LORRPM y 5 RLO-RRPM**)<sup>380</sup>. Asimismo se reconoce también una gran flexibilidad a la hora de

380. Sobre estas manifestaciones de *diversion*, véase, entre otros, BERNUZ BENEITEZ, «La conciliación y la reparación en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Un recurso alternativo o complementario a la justicia de menores», RDPC 8 (2001), 263 ss.; DELGADO MARTÍN, «La mediación de la justicia de menores. Una experiencia positiva: Cataluña», AP 1998, 19 ss.; GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, «La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado», CDJ 1996, t. XV, 53 ss.; HERRERA MORENO, «La “conciliación menor-víctima” en el ámbito de la desviación juvenil: reflexiones en torno a su controvertida plasmación en la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero», AJM 1 (2001),

decretar la suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución (**arts. 40 y 51 LORRPM**).

### e) *Competencia administrativa para la ejecución de las medidas*

La Ley decreta la competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia. Según lo dispuesto en el **art. 45 LORRPM**, «dichas entidades públicas llevarán a cabo, de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas» que pudieran imponerse. No obstante, el apart. 3 del citado artículo prevé la posibilidad de celebrar «convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas... o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución»<sup>381</sup>.

Asimismo también hay que tener en cuenta que según lo dispuesto en otros preceptos de la LORRPM, también pueden ser competentes para la ejecución de las medidas impuestas: el Estado, para las medidas cautelares y medidas adoptadas que acuerde el Juzgado Central de Menores (Disp. Adic. 4ª); los órganos administrativos competentes en materia de permisos de con-

---

425 ss.; PERIS RIERA, «El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la LO 5/2000», LL 2001-2, 1649 ss.; TAMARIT SUMALLA, «La mediación reparadora en la Ley de Responsabilidad penal del Menor», en González Cussac/Tamarit Sumalla/Gómez Colomer (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, 47 ss.; TORRES FERNÁNDEZ, «Los caminos hacia una justicia penal reparadora en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor», AP 2002, 647 ss.; «La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad», CPC 79 (2003), 79 ss.

381. Véanse los Convenios de colaboración suscritos entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las diferentes Comunidades Autónomas para la realización de programas de ejecución de medidas para menores infractores, publicados por Resoluciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de 24 de enero de 2002 (BOE, nº 44 de 20 de febrero de 2002).

ducir o de licencias de caza o de armas [art. 7.1.m) y n)]; la Administración penitenciaria cuando se ordene el cumplimiento de la medida de internamiento en un centro penitenciario [art. art. 7.1.e) a k)] (**art. 8 RLORRPM**).

### f) *Competencia judicial del control de la ejecución*

La ejecución de las medidas previstas en la LORRPM, según lo dispuesto en su **art. 44**, «se realizará bajo el control del Juez de Menores que haya dictado la sentencia correspondiente, el cual resolverá por auto motivado, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor y la representación de la entidad pública que ejecute aquélla, sobre las incidencias que se puedan producir durante su transcurso».

La posición del Ministerio Fiscal en este punto es muy importante, pues además de su doble condición de institución que constitucionalmente tiene encomendada la función de promover la acción de la Justicia y la defensa de la legalidad, así como de los derechos de los menores, velando por el interés de éstos, se le atribuye la iniciativa procesal, de tal modo que es el órgano instructor. El letrado del menor tiene participación en todas y cada una de las fases del proceso, conociendo en todo momento el contenido del expediente, pudiendo proponer pruebas e interviniendo en todos los actos que se refieren a la valoración del interés del menor y a la ejecución de la medida, de la que puede solicitar la modificación.

Para conseguir una uniformidad en la imposición de las medidas, cabe destacar que la LORRPM ha previsto, además del correspondiente sistema de recursos ordinarios, el recurso de casación para unificación de doctrina, reservado para los casos de mayor gravedad (**art. 42 LORRPM**)<sup>382</sup>.

## 2. **Ámbito de aplicación**

El Tít. I de la LORRPM regula el «ámbito de aplicación» de la misma. El **art. 2** regula la *competencia de los Jueces de Menores* y dispone, en su

382. Véase al respecto, por todos, LORCA MARTÍNEZ, «El recurso de casación para la unificación de doctrina en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», AJM 1 (2001), 267 ss.

apart. 1, que «serán competentes para conocer de los hechos cometidos por las personas mencionadas en el artículo 1 de esta Ley, así como para hacer ejecutar sus sentencia, sin perjuicio de las facultades atribuidas por esta Ley a las Comunidades Autónomas respecto a la protección y reforma de menores». Y el **art. 1** se refiere a las «personas mayores de catorce años y menores de dieciocho» (apart. 1) y a las «personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno» (apart. 2). A las primeras se las denomina «menores» y a las segundas «jóvenes» (apart. 4).

Asimismo, los Jueces de Menores son competentes también «para resolver sobre las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la presente Ley» (**art. 2.2 LORRPM**).

La competencia se determina en función del «lugar donde se haya cometido el hecho delictivo» (**art. 2.3 LORRPM**). No obstante, en el caso de que sean varios los delitos imputados y éstos hubieran sido cometidos en diferentes territorios, la competencia se determinará en función del «lugar del domicilio del menor y, subsidiariamente», según los criterios expresados en el art. 18 LECr (**art. 20.3 LORRPM**).

Dentro del ámbito de aplicación podemos distinguir, por un lado, un aspecto subjetivo, que alude a las distintas franjas de edad previstas en la LO 5/2000, cada una de ellas con un régimen jurídico distinto; y por otro, un aspecto objetivo, que se refiere a la comisión de hechos tipificados como delito o falta en el CP o en las leyes penales especiales.

## a) *Ámbito subjetivo*

### i. Determinación de la edad

Una primera cuestión práctica que se plantea es la determinación de la edad a los efectos de la aplicación de la LORRPM o del CP. El **art. 5.3 LORRPM** dispone que se ha de atender a la edad «en el momento de la comisión de los hechos», sin que el haber alcanzado la mayoría de edad antes de iniciarse el procedimiento o durante su tramitación tenga incidencia

alguna sobre la competencia atribuida a los Jueces y Fiscales de Menores<sup>383</sup>. Sin embargo, este artículo no aclara ¿en qué momento se entiende que la persona cumple los 18 años?

El art. 315 CC establece que para el cómputo de la mayoría de edad «se incluirá completo el día del nacimiento». Según la legislación civil, por tanto, la mayoría de edad se alcanza a las 0:00 horas del día en que la persona cumple los 18 años. El fundamento de esta regla se encuentra en la pretensión de favorecer al sujeto, que alcanzaría unas horas antes la plenitud de derechos que le otorga la mayoría de edad civil.

Sin embargo, en el caso de la legislación penal, si se siguiese este criterio, el adelantamiento de la mayoría de edad supondría un tratamiento jurídico más perjudicial, pues se aplicaría el CP, en vez de la LORRPM, que es más benigna. Por este motivo, la mayoría de la doctrina<sup>384</sup> considera que a efectos de determinar la mayoría de edad penal hay que estar a la hora exacta del nacimiento y de la comisión de los hechos. Este criterio ha sido también el que ha sostenido la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, sobre criterios de aplicación de la LORRPM, siguiendo lo que ya había establecido en la Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, sobre las líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la LO 4/1992, de 5 de junio.

El cómputo de la edad ha de efectuarse, por tanto, de momento a momento, para lo cual, en aplicación de lo previsto en el **art. 375 LECr**, cuando no bastare con el DNI, el pasaporte o cualquier otro documento identificativo y subsistieren las dudas sobre la edad del sujeto se solicitará del Registro Civil certificación literal de nacimiento expresiva de la hora del alumbramiento, y en su defecto, procederá el informe de los

383. Podrá tener relevancia, no obstante, a efectos del cumplimiento de la medida de internamiento impuesta, según lo dispuesto en el **art. 15 LORRPM**, en virtud del cual «cuando las medidas de internamiento sean impuestas a quien haya cumplido veintitrés años de edad o, habiendo sido impuestas, no haya finalizado su cumplimiento al alcanzar el joven dicha edad, el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal..., ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen ordinario previsto en la LOGP».

384. Por todos, MIR PUIG, *PG*<sup>7</sup>, L. 23/46.

médicos forenses<sup>385</sup>. En todo caso, las dificultades interpretativas sólo podrán ser solventadas en favor del menor, como así se hizo, por ejemplo, en la STS de 26 de mayo de 1999, en la que los hechos se cometieron el día en que el acusado cumplía 16 años, pero desconociéndose su hora de nacimiento. En cambio, en el caso del «puerto olímpico de Barcelona», uno de los implicados cumplía 18 años ese mismo día, pero se conocía la hora exacta del nacimiento, que era posterior a la en que se produjeron los hechos, por lo que fue juzgado conforme a la LORRPM (véase la STS de 8 de septiembre de 2003).

La Circular de la FGE 1/2000, de 18 de diciembre, se plantea también otros problemas acerca de la fijación del momento de comisión de los hechos. Y así, para los *delitos continuados* establece el criterio de atender a la edad del sujeto en el momento de la comisión de cada una de las infracciones; para los *delitos permanentes* considera que no podrán ser enjuiciados por la jurisdicción de menores cuando el sujeto activo hubiera rebasado la edad máxima antes de eliminarse la situación antijurídica. Ahora bien, también considera que la jurisdicción ordinaria no podrá tener en cuenta, a efectos de agravación, las conductas cometidas en momentos anteriores a la adquisición de la mayoría de edad, y pone un ejemplo: la detención ilegal de 30 días de duración en la que el sujeto activo cumpliera 18 años en el vigésimo día será enteramente conocida por la jurisdicción ordinaria en el correspondiente procedimiento abreviado pero no se podrá aplicar el subtipo agravado del art. 163.3 CP. Y por último, en los *delitos de resultado*, en los que puede haber una separación espacio temporal entre la acción y el resultado, sigue el criterio de atender al momento de la acción u omisión y no al del resultado, según lo dispuesto en el art. 7 CP.

## ii. Menores de 14 años

Cuando el autor de un hecho previsto por el CP o las leyes penales especiales como delito o falta fuese menor de catorce años, según el **art. 3**

385. Sobre esta forma de determinar la edad, véase, entre otros, SUÁREZ RICO, «Determinación médico-forense de la edad. Protección de los menores en desamparo. La Ley de responsabilidad penal del menor», *Revista del Ministerio Fiscal* 11 (2003), 213 ss.

**LORRPM**, «no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente ley». Tampoco se le podrá exigir responsabilidad penal con arreglo al CP, porque el art. 19 CP se remite a lo dispuesto en la LORRPM. Así pues, estos menores son declarados *ex lege* como irresponsables penalmente<sup>386</sup>. Por debajo de catorce años, «se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes», particularmente la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

La Exposición de Motivos de la LORRPM considera que “las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de a intervención del aparato judicial sancionador del Estado”.

### iii. Mayores de 14 y menores de 18 años

A partir de los 14 años, nuestro ordenamiento jurídico considera que las personas son imputables, sin embargo, por razones político criminales se considera que no es necesario aplicar las mismas consecuencias jurídicas que para los adultos. La LORRPM establece una franja de edad, entre los 14 y los 18 años, en la cual se declaran responsables penalmente a los menores, pero se les aplica un régimen jurídico particular, cuyos principios básicos ya hemos visto antes.

No obstante, del mismo modo que las diferencias entre menores y adultos han supuesto un régimen jurídico distinto en la reacción frente a la comisión de delitos por unos y por otros, la LORRPM también ha querido reflejar en un tratamiento jurídico distinto las diferencias que existen entre los menores. No es lo mismo un menor con 14 años recién cumplidos, que

386. En la doctrina española se ha sugerido situar dicho límite en los 12 años (SILVA SÁNCHEZ, «El régimen de la minoría de edad penal (art. 19)», en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch Editor, Barcelona, 1997, 185, o incluso antes), los 13 [BUSTOS RAMÍREZ, «Imputabilidad y edad penal», LH-Beristain Ipiña (1989), 482 ss.], los 14 (GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER/GONZÁLEZ ZORRILLA, «Jóvenes y cuestión penal en España», JpD 3 (1988), 17], los 15 (CEREZO MIR, *PG III*, 100), e incluso los 16 años (GARCÍA PÉREZ, «Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: Un análisis crítico», RDPC 3 (1999), 70 ss.).

un menor que está a punto de cumplir los 18 años. En función del proceso de formación y de madurez, la LORRPM ha previsto a su vez dos tramos de edad dentro de su ámbito general de aplicación, y así, distingue, sobre todo a efectos de duración de las medidas aplicables: entre los 14 y los 16, por un lado; y entre los 16 y los 18 años, por otro. Este tratamiento distinto tiene en cuenta no sólo la edad, sino también la gravedad de los hechos cometidos, y constituye una agravación específica en función de la violencia, intimidación, peligro para las personas o hechos constitutivos de delitos de terrorismo.

En efecto, según la **regla 4ª del art. 9 LORRPM**, «en el caso de personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, el plazo de duración de las medidas podrá alcanzar un máximo de cinco años [normalmente es de dos], siempre que el delito haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas y el equipo técnico en su informe aconseje la prolongación de la medida. En estos supuestos, la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad podrá alcanzar las doscientas horas, y la de permanencia de fin de semana, dieciséis fines de semana».

Además, según la **regla 5ª del art. 9 LORRPM**, «cuando los supuestos previstos en la regla anterior revistieran extrema gravedad, apreciada expresamente en la sentencia, el Juez habrá de imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años»<sup>387</sup>. En estos casos, y de modo paralelo al período de seguridad previsto para los adultos, sólo podrá modificarse o sustituirse la medida impuesta «una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento».

La LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del CP y de la LORRPM en relación con los delitos de terrorismo, ha añadido que todo ello se

387. Sobre el tratamiento de la delincuencia grave de menores, véase, entre otros, DE URBANO CASTRILLO, «La delincuencia grave de menores», LL 2000-7, 1265 ss.; y en particular sobre los supuestos de extrema gravedad, entre otros, VARGAS CABRERA, «Los supuestos de extrema gravedad del art. 9.5 de la LORRPM», EJM 2002-I, 971 ss.

entiende «sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional cuarta»<sup>388</sup>. Dicha ley ha modificado también el párr. 3º del art. 9.5ª LORRPM en el cual se especifica cuándo se entiende que existe extrema gravedad. Antes se incluían los supuestos de reincidencia y los delitos de terrorismo, homicidio y violación. Ahora sólo se refiere a la reincidencia, pues los otros delitos se rigen por lo previsto en la **Disp. Adic. 4ª LORRPM**.

Según esta disposición, en la **letra c)**, cuando los imputados en la comisión de los delitos de homicidio, asesinato, violación, terrorismo y aquellos otros sancionados en el CP con pena de prisión igual o superior a 15 años fuesen mayores de 16 años se les impondrá «una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años»<sup>389</sup>. Además, «en este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta, cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta». E incluso, si el mayor de 16 años fuere responsable de más de un delito y alguno de ellos fuese de terrorismo y estuviese sancionado con pena de prisión igual

388. Sobre las reformas que ha introducido dicha Ley en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores, además, de la Circular 2/2001, de 28 de junio, de la Fiscalía General del Estado, véanse los trabajos, entre otros, de CRUZ BLANCA, «La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores tras la reforma operada por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, de 22 de diciembre», CPC 75 (2001), 481 ss.24; FEIJÓO SÁNCHEZ, «Sobre el contenido y la evolución del Derecho penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 4 (2001), 9 ss.; GÓMEZ RIVERO, «La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000», RP 9 (2001), 3 ss. [=AJM 1 (2001), 279 ss.]; HIGUERA GUIMERÁ, «La transformación de la originaria Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y sus consecuencias jurídicas», LL-penal 18 (2005), 11 ss.; IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, «La aplicación al menor de edad de la legislación antiterrorista a la luz de la ley de responsabilidad penal del menor», LL 2001-1, 1809 ss.; POLAINO NAVARRETE, «La minoría de edad penal en el Código Penal y en las Leyes Orgánicas 5 y 7/2000», AJM 1 (2001), 143 ss.; TAPIA PARREÑO, «Incidencia de la reforma de la Ley penal de menores en materia antiterrorista en los principios inspiradores», *Eguzkilore* 15 (2001), 167 ss.

389. «Si los responsables de estos delitos son menores de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de tres años» [párr. 2º Disp. Adic. 4ª.2.c)].

o superior a 15 años, «la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años». Si fuese menor de 16 años, la duración de la medida podrá ser de «cinco años». En todo caso, para los delitos de terrorismo se ha previsto también que se imponga «la medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor».

Hay que decir que para el conocimiento de los delitos de terrorismo cometidos por menores de edad, la LO 7/2000, de 22 de diciembre, ha creado también un Juzgado Central de Menores en la Audiencia Nacional, el cual se rige por lo previsto en la propia Disp. Adic. 4ª LORRPM, el art. 96.2 LOPJ y otras normas complementarias<sup>390</sup>.

Por último, cabe señalar que el especial régimen previsto para los menores mayores de 16 años originariamente tenía también alguna consecuencia de índole procesal. El **art. 25 en la redacción originaria de la LORRPM** establecía como la regla general la prohibición de acciones por particulares (salvo lo dispuesto en el art. 61 LORRPM relativo al ejercicio de la acción civil). No obstante, el perjudicado o perjudicados podían personarse cuando los hechos tipificados como delitos se atribuyesen a personas que hubiesen cumplido los 16 años en el momento de la comisión de los hechos, con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas.

La **LO 15/2003, de 25 de noviembre, en su Disp. Final 2ª**, ha dado nueva redacción a este art. 25 LORRPM, y ahora se otorga *plena legitimación activa* a «las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que se derivan de ser parte en el procedimiento»<sup>391</sup>.

390. Véase el RD 3471/2000, de 29 de diciembre, que dispone la constitución del Juzgado Central de Menores.

391. Entre otros, menciona los siguientes: a) Ejercitar la acusación particular; b) Instar la imposición de las medidas previstas en la LORRPM; c) Tener vista de lo actuado; d) Proponer pruebas; e) Participar en la práctica de las pruebas; f) Ser oído en todos los incidentes; g) Ser oído en caso de modificación o sustitución de las medidas impuestas; h) Participar en las vistas o audiencias; e i) Formular los recursos procedentes.

#### iv. Mayores de 18 y menores de 21 años

Según lo previsto en el **art. 69 CP**, al mayor de 18 años y menor de 21 que cometa un hecho delictivo se le podrá aplicar la LORRPM. Sin embargo, el CP no aclara en qué casos y con qué requisitos, sino que se remite expresamente a lo dispuesto en la LORRPM. Ha sido, pues, la LORRPM la que ha fijado ese régimen especial para los mayores de 18 y menores de 21, y así, en su **art. 1.2**, dispone que «también se aplicará lo dispuesto en esta Ley para los menores a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, en los términos establecidos en el artículo 4 de la misma».

No obstante, primero la **LO 9/2000**, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su **Disp. Transit. Única**, suspendió durante dos años la entrada en vigor de la posibilidad de aplicar la LORRPM a los mayores de 18 y menores de 21. Y posteriormente la **LO 9/2002**, de 10 de diciembre, de modificación de los Códigos Penal y Civil sobre sustracción de menores, también en su **Disp. Transit. Única**, ha vuelto a prorrogar el plazo de *vacatio legis* en lo referente a la aplicación de la LORRPM a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, hasta el 1 de enero de 2007.

De todas formas, y aunque aún no se pueda aplicar la LORRPM a estos «jóvenes» (según los denomina el art. 1.4 LORRPM), conviene saber cuáles serían los requisitos necesarios para poder aplicarla.

El **art. 4 LORRPM** condiciona la aplicación de esta ley a una serie de requisitos, tanto de carácter procesal, como de carácter sustantivo.

1. Por lo que a los requisitos de carácter procesal se refiere, el **apart. 1 del art. 4 LORRPM**, establece que corresponde al Juez de Instrucción competente decidir si da traslado de las actuaciones al Juzgado de Menores, para que se tramite el procedimiento correspondiente. La decisión de Juez de Instrucción será mediante auto motivado, tras haber oído al Ministerio Fiscal, al letrado del imputado y al equipo técnico a que se refiere el art. 27 LORRPM. Llama la atención, aunque tras la reforma del art. 25 LORRPM llevada a cabo por LO 15/2003, que antes hemos mencionado, no tenga tanta importancia como antes, que no sea necesario, ni tan siquiera oír, a la acusación particular.

Contra este auto, según el **apart. 3 del art. 4 LORRPM**, cabrá recurso de apelación, sin necesidad de previo recurso de reforma, en el plazo de tres días, del que conocerá la Audiencia Provincial<sup>392</sup>.

2. Y en cuanto a los requisitos sustantivos, el **apart. 2 del art. 4 LORRPM**, establece que «serán condiciones necesarias para la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior las siguientes:

- 1ª. Que el imputado hubiere cometido una falta, o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.
- 2ª. Que no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos o faltas imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o que debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 del Código Penal.
- 3ª. Que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la presente Ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe».

Hay que tener en cuenta también lo previsto en la **Disp. Adic. 4ª LORRPM**, en virtud de la cual «lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Ley orgánica no será de aplicación a los mayores de dieciocho años imputados en la comisión de los delitos de homicidio, asesinato, violación, terrorismo y aquellos otros sancionados en el CP con pena de prisión igual o superior a 15 años.

Asimismo, según el **art. 10.3 LORRPM**, «los hechos delictivos cometidos por mayores de dieciocho años y menores de veintiuno prescribirán con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal», y no las especiales de la LORRPM.

392. En el texto originario de la LORRPM se decía que eran competentes las Salas de Menores del Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Sin embargo, la Disp. Adic. 2ª de la LO 9/2000, de 22 de diciembre, establece que todas las referencias a estas Salas de Menores se entenderán realizadas a las Audiencias Provinciales.

## b) *Ámbito objetivo*

Bajo la rúbrica de *bases de la responsabilidad de los menores*, el **art. 5 LORRPM** dispone que «los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurran en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal».

Así pues, las medidas previstas en la LORRPM sólo podrán aplicarse, según el **art. 1**, «por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales».

De ello cabe deducir que en el Derecho penal de menores rige, igual que para los adultos, el estricto principio de legalidad o de tipicidad penal del hecho. No se ha seguido una incriminación parcial o limitada de las infracciones, tampoco se han previsto los denominados delitos de *status* o de estado (por ejemplo, desobediencia, embriaguez, vagancia, vagabundos, etc.), ni tampoco se regulan la infracciones administrativas (sin que exista, por tanto, un régimen especial sancionador administrativo para los menores).

Pero además, las medidas de la LORRPM sólo se podrán aplicar cuando no concurran ninguna causa de exención o de extinción de la responsabilidad criminal. Así pues, se puede decir que para que se puedan aplicar las medidas previstas en esta Ley el comportamiento del menor tiene que ser típico, antijurídico, culpable y punible.

Ahora bien, aun en los casos de inimputabilidad del menor, y por tanto, de ausencia de culpabilidad, se pueden aplicar algunas medidas previstas en la LORRPM. Según el **apart. 2 del art. 5 LORRPM**, «a los menores en quienes concurran las circunstancias previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del vigente Código Penal les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras d) y e), de la presente Ley» [internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio] (véase también el art. 9.7ª LORRPM).

Esta posibilidad se basa, no ya en la culpabilidad del menor, sino en la peligrosidad criminal del mismo, de modo similar a como hemos visto que sucede en las medidas de seguridad para los adultos (*supra* § 26.2). En casos de inimputabilidad, según el **art. 9.7ª LORRPM**, parece que «sólo

podrán aplicarse las medidas terapéuticas» antes citadas. En casos de semiimputabilidad, en cambio, según se desprende de lo previsto en el **art. 7.1 letras d) y e) LORRPM**, las citadas medidas podrán aplicarse solas o como complemento de otra medida<sup>393</sup>.

Ahora bien, de igual modo que para los adultos, se plantean aquí también dos cuestiones muy importantes: el modo de combinar medidas terapéuticas y medidas aflictivo-educativas, por un lado; y el principio de proporcionalidad, por otro.

Siguiendo a GONZÁLEZ CUSSAC y CUERDA ARNAU, si no se quiere hacer de peor condición al menor que al adulto, ni tampoco al menor inimputable que al imputable, nada se opone a aplicar aquí supletoriamente lo previsto en el CP para las medidas de seguridad (arts. 6, 95, 99 y 104 CP) [*supra* § 2.4 y § 27.1, para el sistema vicarial; y § 27.2.b), para el principio de proporcionalidad]: “Nada se opone –dicen estos autores– a trasladar el llamado sistema *vicarial* a los menores infractores... De modo que, no sólo es imperativo, sino también conveniente aplicar primero las medidas terapéuticas del art. 7 d) y e), y esperar a la evolución del menor para decidir si es necesario imponer después medidas aflictivas”. Así lo prevé, además, el art. 47.2.2ª LORRPM [*infra* § 30.5.a)]. Y en cuanto al principio de *proporcionalidad*<sup>394</sup>, “procede recordar que el propio art. 8 LORRPM exige la aplicación de criterios de proporcionalidad, exigencia que se ver reforzada por lo dispuesto en el art. 6 del CP, que es de aplicación directa por encontrarse en el Título Preliminar (art. 9 CP). Por tanto, las medidas de seguridad impuestas a menores inimputables o se-

393. Éste es el criterio que ha mantenido la Circulación FGE nº 1/2000, de 18 de diciembre.

394. El principio de proporcionalidad aparece recogido en el **párr. 2º del art. 8 LORRPM**, según el cual la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el art. 7.1.a), b), c), d) y g), en ningún caso, podrá exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.

Sobre el principio de proporcionalidad en el Derecho penal de menores, véase, entre otros, ABEL SOUTO, «Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000», AP 2003-3, 1071 ss.; «La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la Ley penal del menor», EPC t. XXIV (2004), 7 ss.

inimputables, no podrán resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena aplicable al hecho cometido (primer límite de proporcionalidad). De igual modo, tampoco podrán exceder del límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor, de manera que desaparecida ésta, deberá alzarse inmediatamente aquélla (segundo límite de proporcionalidad)<sup>395</sup>.

### 3. Las medidas

#### a) *Naturaleza de las medidas*

Como ya hemos dicho más arriba [*supra* § 30.1.a)], la LORRPM reconoce la naturaleza «formalmente penal pero materialmente sancionadora educativa» de las medidas previstas en la misma. Comparten, por un lado, características con las penas y las medidas de seguridad; pero por otro, también tienen algunos aspectos particulares que las distinguen de unas y otras. Vienen a ser una especie de medidas *sui generis* o híbridas entre penas y medidas en sentido estricto.

En efecto, se parecen a las penas en que tienen como presupuesto la previa comisión de un delito o falta tipificado como tal en las leyes penales, y como consecuencia jurídica la privación o restricción de bienes jurídicos del menor. Sin embargo, se diferencian de las penas en que se dirigen fundamentalmente a la prevención, y no a la retribución por el delito cometido. Y además, es posible, como hemos visto, que se apliquen medidas a menores inimputables [arts. 5.2 y 7.1.d) y e)].

La prevención, como finalidad principal de las medidas aplicables a menores, acerca éstas a las medidas de seguridad. Sin embargo, se diferencian en que la intervención en los menores no se fundamenta necesariamente en la peligrosidad criminal (aunque también lo puede hacer), y es ante todo educativa, prevaleciendo el superior interés del menor.

Son precisamente estas características las que hacen de las medidas aplicables a menores unas consecuencias jurídicas del delito de naturaleza híbrida, a medio camino entre penas y medidas de seguridad.

395. GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, «Derecho Penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas», en AAVV: *Justicia penal de menores y jóvenes*, cit., 87.

## b) Enumeración

El **art. 7 LORRPM** contiene un catálogo de medidas aplicables a menores, «ordenadas –como indica el propio precepto, aunque esto se haya visto alterado por la LO 7/2000, que sitúa al final del catálogo a la inhabilitación absoluta, cuando debería figurar antes– según la restricción de derechos que suponen». Muchas de ellas coinciden en contenido con las penas aplicables a los adultos, por lo que nos remitiremos en cada una de ellas al estudio de la correspondiente pena, haciendo alusión únicamente a aquellos aspectos que sean particulares del Derecho penal de menores<sup>396</sup>.

Clasificando las medidas que previstas en el art. 7 LORRPM, podemos agruparlas en torno a cinco categorías: i) Medidas privativas de libertad [letras a), b), c), d) y g)]; ii) Medidas restrictivas de libertad [letra h)]; iii) Medidas terapéuticas [letras d) y e)]; iv) Medidas educativas [letras f), i), k) y l)]; v) Medidas privativas de otros derechos [letras j), m) y n)].

### i. Privativas de libertad

Por ser las medidas más graves que se pueden imponer son objeto de una regulación específica en el Cap. III del Tít. VII de LORRPM (arts. 54 ss.) y en la Secc. 2ª del Cap. III del RLORRPM (arts. 16 ss.), que veremos después [*infra* § 30.5.b)]. La Exposición de Motivos señala que el objetivo prioritario del internamiento “es disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar aquellas disposiciones o deficientes que han caracterizado su comportamiento antisocial, cuando para ello sea necesario, al menos de manera temporal, asegurar la estancia del infractor en un régimen físicamente restrictivo de su libertad” (16).

a) La medida más grave que se puede imponer a un menor, siendo su equivalente entre los adultos la pena de prisión, es el *internamiento en régi-*

396. Para un estudio más detallado de estas medidas, véase, entre otros, el excelente y exhaustivo trabajo de GONZÁLEZ TASCÓN, «Medidas aplicables a los menores por la comisión de hechos delictivos previstas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», RDP 16 (2005), 23 ss.

*men cerrado* [**letra a**]. «Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio». Con esta medida se pretende, según la Exposición de Motivos, “la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo” (16). Su duración es, por regla general, de dos años como máximo, si bien excepcionalmente para los mayores de 16 años [*supra* § 30.2.a).iii.] puede llegar hasta cinco años (art. 9.1.4ª LORRPM), en los casos de extrema gravedad puede tener una duración de entre uno y cinco años de duración, seguida de una libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años (art. 9.1.5ª LORRPM), e incluso para los delitos de terrorismo puede tener todavía una duración mayor (entre uno y ocho, e incluso diez años) [Disp. Adic. 4ª.1.c) LORRPM].

b) La segunda en gravedad consiste en el *internamiento en régimen semiabierto* [**letra b**]. «Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero realizarán fuera del mismo actividades formativas, educativas, laborales y de ocio». Su paralelo entre los adultos podría ser el segundo grado penitenciario, y su duración es, por regla general, de dos años como máximo (art. 9.1.3ª LORRPM), aunque excepcionalmente puede llegar hasta los cinco (art. 9.1.4ª LORRPM). Según la Exposición de Motivos de la LORRPM, “el internamiento en régimen semiabierto implica la existencia de un proyecto educativo en donde desde el principio los objetivos sustanciales se realizan en contacto con personas e instituciones de la comunidad, teniendo el menor su residencia en el centro, sujeto al programa y régimen interno del mismo” (16).

c) Dentro de las medidas de internamiento, la menos severa es la de *internamiento en régimen abierto* [**letra c**]. Esta medida podría equipararse, entre los adultos, al tercer grado penitenciario. «Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo». Su duración es como la medida de internamiento en régimen semiabierto.

d) Dejando por ahora al margen la medida de internamiento terapéutico, que aunque sea también privativa de libertad la hemos clasificado dentro de las medidas terapéuticas, hay que hacer referencia, por último, a la medida de *permanencia de fin de semana* [**letra g**]. Esta medida tiene su paralelo entre los adultos en la pena de arresto de fin de semana, aunque como dice la Exposición de Motivos de la LORRPM, “en la práctica combina elementos del arresto de fin de semana y de la medida de tareas socioeducativas o prestaciones en beneficio de la comunidad” (21). Se puede decir, por tanto, que se trata de una medida privativa de libertad de ejecución discontinua. «Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el juez». Su duración es, por regla general, de cuatro fines de semana si se trata de faltas (art. 9.1.1ª LORRPM), y para los delitos de ocho fines de semana como máximo (art. 9.1.3ª LORRPM), aunque en estos casos excepcionalmente puede llegar hasta los dieciséis (art. 9.1.4ª LORRPM).

## ii. Medidas restrictivas de libertad

e) En quinto lugar, y entre las medidas restrictivas de libertad, el art. 7.1 LORRPM prevé, en su **letra h**), la *libertad vigilada*. El paralelismo con alguna sanción penal entre los adultos lo podríamos hacer con las condiciones o reglas de conducta que se pueden imponer en los sustitutivos de penas privativas de libertad. Según la Exposición de Motivos de la LORRPM, la medida de libertad vigilada tiene como fin que el menor “adquiera las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social” (18). «En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad público o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las

entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

- 1ª. Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el interesado está en el período de la enseñanza básica obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.
- 2ª. Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.
- 3ª. Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.
- 4ª. Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.
- 5ª. Obligación de residir en un lugar determinado.
- 6ª. Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.
- 7ª. Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona».

Su duración será, como regla general, de dos años como máximo (art. 9.1.3ª LORRPM), excepcionalmente, para los mayores de 16 años, de hasta cinco (art. 9.1.4ª LORRPM), e incluso en casos de extrema gravedad puede venir precedida de una medida de internamiento en régimen cerrado [art. 9.1.5ª y Disp. Adic. 4ª.1.c)].

### iii. Medidas terapéuticas

El paralelismo de estas medidas entre los adultos cabría encontrarlo entre las medidas de seguridad de los arts. 101, 102 y 103 CP. Estas medidas son dos: el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio. El uno es subsidiario del otro, pues, como señala la Exposición de Motivos, “el internamiento terapéutico se prevé para aquellos casos en los que los

menores, bien por razón de su adicción al alcohol o a otras drogas, bien por disfunciones significativas en su psiquismo, precisan de un contexto estructurado en el que poder realizar una programación terapéutica, no dándose, ni, de una parte, las condiciones idóneas en el menor o en su entorno para el tratamiento ambulatorio, ni, de otra, parte, las condiciones de riesgos que exigirían la aplicación a aquél de un internamiento en régimen cerrado” (16).

En cualquier caso, tanto el internamiento terapéutico, como el tratamiento ambulatorio pueden aplicarse solos o como complemento de otra medida. En este último caso, debería admitirse que se aplicase el sistema vicarial de modo similar a como se hace para los adultos (art. 47.2.2ª LORRPM).

Por otra parte, el tratamiento de deshabitación es voluntario, y si el interesado lo rechaza, «el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias».

f) El *internamiento terapéutico*, que, en principio debe cumplirse en centros específicos para ello, según lo previsto en la **letra d)**, consiste en que se realice «una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad». Su duración es, por regla general, de dos años como máximo (art. 9.1.3ª LORRPM), aunque excepcionalmente puede llegar hasta los cinco (art. 9.1.4ª LORRPM).

g) Como segunda medida de carácter terapéutico se ha previsto el *tratamiento ambulatorio* [**letra e)**]. Este tratamiento está previsto, como se deduce de la Exposición de Motivos, que los menores cuenten con un contexto estructurado, tanto personal como familiarmente, en el que poder realizar una programación terapéutica. «Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan». Su duración es, por regla general,

de dos años como máximo (art. 9.1.3ª LORRPM), aunque excepcionalmente puede llegar hasta los cinco (art. 9.1.4ª LORRPM).

#### iv. Medidas educativas

h) Dentro de las medidas de carácter educativo, se prevé, en primer lugar, en la **letra f)**, la *asistencia a un centro de día*. «Las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio». Según la Exposición de Motivos de la LORRPM, con esta medida se pretende “proporcionar a un menor un ambiente estructurado durante buena parte del día, en el que se lleven a cabo actividades socio-educativas que puedan compensar las carencias del ambiente familiar de aquél” (17). Existe cierto solapamiento con la medida de tareas socioeducativas, que veremos después. Su duración es, por regla general, de dos años como máximo (art. 9.1.3ª LORRPM), aunque excepcionalmente puede llegar hasta los cinco (art. 9.1.4ª LORRPM).

i) También se ha previsto, como otra medida educativa, la *convivencia con otra persona, familia o grupo educativo*. «La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización». Su duración es, por regla general, de dos años como máximo (art. 9.1.3ª LORRPM), aunque excepcionalmente puede llegar hasta los cinco (art. 9.1.4ª LORRPM). Como tiene una duración temporal, esta medida no necesariamente comporta una ruptura con su familia de origen, pues al finalizar su cumplimiento tendría que volver a ella, aunque la Circular de la FGE 1/2000, sugiere que se adopte después un acogimiento familiar del art. 173 CC.

j) La *realización de tareas socioeducativas*, prevista en la **letra k)**, consiste en que «la persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social». Según la Exposición de Motivos de la LORRPM, “puede ser una medida de carácter autónomo o formar parte de otra más compleja” (se

entiende que no sea ni de internamiento ni de libertad vigilada). “Empleada de modo autónomo, pretende satisfacer necesidades concretas del menor percibidas como limitadoras de su desarrollo integral. Puede suponer la asistencia y participación del menor a un programa ya existente en la comunidad, o bien a uno creado *ad hoc* por lo profesionales encargados de ejecutar la medida. Como ejemplos de tareas socioeducativas, se pueden mencionar las siguientes: asistir a un taller ocupacional, a un aula de educación compensatoria o a un curso de preparación para el empleo; participar en actividades estructuradas de animación sociocultural, asistir a talleres de aprendizaje para la competencia social, etc.” (19). Su duración es, por regla general, de dos años como máximo (art. 9.1.3ª LORRPM), aunque excepcionalmente puede llegar hasta los cinco (art. 9.1.4ª LORRPM).

i) Finalmente, entre las medidas educativas, se encuentra la *amonestación [letra l]*, que «consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro». Según la Exposición de Motivos de la LORRPM, “el Juez, en un acto único que tiene lugar en la sede judicial, manifiesta al menor de modo concreto y claro las razones que hacen socialmente intolerables los hechos cometidos, le expone las consecuencias que para él y para la víctima han tenido o podían haber tenido tales hechos, y le formula recomendaciones para el futuro” (14).

#### v. Medidas privativas de otros derechos

El último grupo de medidas aplicables a los menores, que nosotros agrupamos bajo la rúbrica medidas privativas de otros derechos, es el que más semejanza, en cuanto a su contenido, guarda con las sanciones penales para adultos, y concretamente, aunque todas las medidas deban tener una finalidad educativa, sin embargo, en este grupo, a mi juicio, es donde se observa más claramente el carácter sancionador de algunas de estas medidas, como sucede, por ejemplo, con la inhabilitación absoluta.

j) Las *prestaciones en beneficio de la comunidad*, previstas en la **letra j)**, suponen que «la persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor». El paralelismo con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, prevista en el art. 49 CP, es prácticamente total. No obstante, se diferencian en que la medida de menores no tiene prevista las horas diarias de prestación. Su duración es de cincuenta horas, como máximo, para las faltas (art. 9.1ª LORRPM), y de cien, para los delitos (art. 9.3ª LORRPM), aunque excepcionalmente podrá alcanzar las doscientas horas (art. 9.4ª LORRPM). Según la Exposición de Motivos de la LORRPM, “lo característico de esta medida es que el menor ha de comprender, durante su realización, que la colectividad o determinadas personas han sufrido de modo injustificado unas consecuencias negativas derivadas de su conducta. Se pretende que el sujeto comprenda que actuó de modo incorrecto, que merece el reproche formal de la sociedad, y que la prestación de los trabajos que se le exigen es un acto de reparación justo”.

k) La *privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas*, viene a coincidir también con otras penas previstas para los adultos. «Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente». Al ser una medida accesoria, se entiende, igual que para las penas (art. 33.6 CP), que dura lo mismo que la medida principal.

l) Por último, la LO 7/2000, de 22 de diciembre, antes de que entrase en vigor la LORRPM, añadió una medida más al, ya de por sí extenso, catálogo de medidas aplicables a menores, e introdujo una **letra n)**, en la cual se prevé, «de conformidad con lo previsto en la disposición adicional cuarta», como medida la *inhabilitación absoluta*. «La medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y

cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida». Se aplica solamente a los delitos de terrorismo (arts. 571 a 580 CP), y tendrá una duración «por tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor» [Disp. Adic. 4ª.c) *in fine*].

#### 4. Reglas para la individualización de las medidas

##### a) *Criterios para la selección de las medidas*

A diferencia de lo previsto para el Derecho penal de adultos, en el que cada delito o falta tiene señalada por ley una pena específica, en el Derecho penal de menores no sucede así. En principio, el Juez de Menores podría imponer cualquiera de las medidas previstas en el catálogo del art. 7 LORRPM. Sin embargo, esto no quiere decir que goce de total discrecionalidad a la hora de elegir la medida a imponer.

«Para la elección de la medida o medidas aplicables –según el **art. 7.3 LORRPM**–, tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, *no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor*, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores emitidos conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley<sup>397</sup>. El Juez deberá motivar la sentencia, expresando con

397. **Art. 27.1 LORRPM**: «Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de

detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor».

No obstante lo establecido en el artículo 7.3, el **art. 9 LORRPM** prevé también una serie de reglas específicas para los siguientes casos:

- Para las *faltas*, sólo se podrán imponer las medidas de amonestación, permanencia de fin de semana (hasta un máximo de 4 fines de semana), prestaciones en beneficio de la comunidad (hasta cincuenta horas como máximo) y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas (**art. 9.1<sup>a</sup>**).
- La medida de *internamiento en régimen cerrado* sólo podrá ser aplicable para delitos (en sentido estricto) violentos, intimidatorios o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas (**art. 9.2<sup>a</sup>**).
- Las acciones u omisiones *imprudentes* pueden ser sancionadas con cualquier medida, excepto la de internamiento en régimen cerrado (**art. 9.6<sup>a</sup>**).
- En caso de que la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecie alguna *anomalía o alteración psíquica, intoxicación plena, alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia*, sólo se podrá aplicar las medidas terapéuticas de las letras d) y e) del art. 7.1, es decir, internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio (**art. 9.7<sup>a</sup>**).

### b) Reglas de determinación de las medidas

Después de haber seleccionado la medida más adecuada a la valoración de los hechos, edad, circunstancias familiares y sociales, personalidad e interés del menor, como dice el art. 7.3, el Juez de Menores debe proceder a concretar su duración.

---

gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley».

En principio hay que tener en cuenta una serie de límites de carácter general que ya hemos mencionado, como el principio de proporcionalidad con respecto a la pena que le hubiese correspondido de haber sido adulto (art. 8 LORRPM), así como la duración máxima prevista para cada una de las medidas, y que hemos ido señalando a la hora de exponer cada una de ellas [*supra* § 30.3.b)]. Pero en la determinación de la duración de la medida no existe, como en el Derecho penal de adultos, una previsión específica para el *iter criminis*, la participación, ni las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, salvo la reincidencia en los supuestos de extrema gravedad (art. 9.5ª LORRPM)<sup>398</sup>. Esto es debido a que en el Derecho penal de menores se ha establecido como criterio rector la flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas, siempre teniendo en cuenta el interés del menor [*supra* § 30.1.d)].

No obstante esta gran flexibilidad, la LORRPM ha previsto también algunas reglas para el caso de concurso de infracciones y de delito continuado en los arts. 11 y 12, respectivamente.

«Al menor responsable de una pluralidad de hechos se le impondrá una o varias medidas, teniendo en cuenta los criterios expresados en los artículos 7.3 y 9 de la presente Ley» (**art. 11.1 LORRPM**).

398. La reincidencia no se encuentra definida en la LORRPM, por lo que habrá que interpretarla conforme a lo previsto en el art. 22.8ª CP, que es norma supletoria. Así, habrá que entender que se trata de condenas anteriores firmes de Juzgados de Menores, por delitos comprendidos en el mismo Título del CP siempre que sean de la misma naturaleza.

La **Disp. Adic. 3ª LORRPM** establece que «en el Ministerio de Justicia se llevará un Registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuyos datos sólo podrán ser utilizados por los Jueces de Menores y por el propio Ministerio Fiscal a efectos de lo establecido en los arts. 6, 30 y 47 de esta Ley, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y sus disposiciones complementarias».

En desarrollo de estas previsiones se promulga el **RD 232/2002, de 1 de marzo**, del Ministerio de Justicia, por el que se regula la organización y el funcionamiento del Registro de sentencias sobre Responsabilidad Penal de los menores, en vigor desde el 17 de marzo del mismo año.

Sobre este Registro, véase, entre otros, LIDÓN MONTÓN GARCÍA, «Anotaciones sobre el Registro de sentencias en el proceso de menores», LL 2002-5, 1554 ss.

Según esta disposición relativa al *concurso real* de delitos, parece claro que la comisión de varios delitos puede llevar aparejada la imposición de una o varias medidas. Sin embargo, lo que no resulta claro es si una sola infracción puede dar lugar a varias medidas.

El art. 7.3 LORRPM, que comienza diciendo «para la elección de la medida o medidas adecuadas...», y el **art. 13 LORRPM** parece que permitirían tal posibilidad. Sin embargo, tampoco está completamente claro que así sea, pues este precepto se ocupa de «cuando a la persona sentenciada se le impusieren varias medidas en el mismo procedimiento», pero no dice si se la juzga por un solo hecho o por varios. Lo único que dice es que en el caso de que las medidas «no pudieran ser cumplidas simultáneamente», y que por tanto tengan que cumplirse sucesivamente, «el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y del letrado del menor, oídos el representante del equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá sustituir todas o alguna de ellas, o establecer su cumplimiento sucesivo, sin que en este caso el plazo total de cumplimiento pueda superar el doble del tiempo por el que se le impusiere la más grave de ellas». Parece, pues, que se refiere a los supuestos concursales, y que por cada infracción sólo se puede imponer una medida principal o una medida principal junto a otras complementarias o accesorias, como sucede, por ejemplo, con la libertad vigilada o la privación del permiso de conducir. Puesto que la libertad vigilada, como ha advertido BOLDOVA PASAMAR, tiene un contenido muy amplio [*supra* § 30.3.b).ii.], en realidad, materialmente se permite imponer una pluralidad de “respuestas jurídicas” por un solo hecho<sup>399</sup>.

Esta conclusión viene avalada también por lo previsto para otros supuestos concursales. «Cuando una misma conducta sea constitutiva de dos o más infracciones, o una conducta sea medio necesario para la comisión de otra, se tendrá en cuenta exclusivamente la más grave de ellas para la aplicación de la medida correspondiente» (**art. 11.2 LORRPM**). En estos casos de *concurso ideal o medial* sólo se puede imponer una medida. Por lo tanto, y para que no resulte más gravoso un solo delito que un concurso de delitos, habrá que entender que en caso de cometer un solo delitos úni-

399. BOLDOVA PASAMAR, «Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español», LH-Cerezo Mir (2002), 1571.

camente cabe aplicar una medida principal o una medida principal junto a otras complementarias o accesorias.

Y lo mismo sucede con el **art. 12 LORRPM**, que se refiere a la *infracción continuada y a la infracción con pluralidad de víctimas*. En estos casos, «el Juez impondrá a la persona sentenciada una sola medida, tomando como referencia el más grave de los hechos cometidos, en la máxima extensión de aquélla conforme a las reglas del artículo 9, salvo cuando el interés del menor aconseje la imposición de la medida en una extensión inferior».

## 5. La ejecución

### a) Principios generales e inicio

1. La LORRPM dedica el Tít. VIII a la «ejecución de las medidas» (arts. 43 ss.), y como no podía ser de otro modo, dada la naturaleza sancionadora del Derecho penal de menores, sitúa como frontispicio de la misma al *principio de legalidad*.

Según el **art. 43 LORRPM**, «no podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma». «Tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollen».

A este respecto, el RLORRPM ha desarrollado, en su Cap. III unas «reglas comunes para la ejecución de las medidas», entre las que destacamos sus *principios inspiradores* (**art. 6 RLORRPM**).

«Los profesionales, organismos e instituciones que intervengan en la ejecución de las medidas ajustarán su actuación con los menores a los principios siguientes:

- a) El superior interés del menor de edad sobre cualquier otro interés concurrente.
- b) El respeto al libre desarrollo de la personalidad del menor.
- c) La información de los derechos que les corresponden en cada momento y la asistencia necesaria para poder ejercerlos.

- d) La aplicación de programas fundamentalmente educativos que fomenten el sentido de la responsabilidad y el respeto por los derechos y libertades de los otros.
- e) La adecuación de las actuaciones a la edad, la personalidad y las circunstancias personales y sociales de los menores.
- f) La prioridad de las actuaciones en el propio entorno familiar y social, siempre que no sea perjudicial para el interés del menor. Asimismo en la ejecución de las medidas se utilizarán preferentemente los recursos normalizados del ámbito comunitario.
- g) El fomento de la colaboración de los padres, tutores o representantes legales durante la ejecución de las medidas.
- h) El carácter preferentemente interdisciplinario en la toma de decisiones que afecten o puedan afectar a la persona.
- i) La confidencialidad, la reserva oportuna y la ausencia de injerencias innecesarias en la vida privada de los menores o en la de sus familias, en las actuaciones que realicen.
- j) La coordinación de actuaciones y la colaboración con los demás organismos de la propia o de diferente Administración, que intervengan con menores y jóvenes, especialmente con los que tengan competencias en materia de educación y sanidad».

2. Antes de decretar la ejecución de las medidas, es también posible que se evite la misma de diversas maneras: bien porque, en cualquier momento, se deje sin efecto, se reduzca o se sustituya la medida (**art. 14 LORRPM**), bien porque, en la propia sentencia o por auto motivado cuando ésta sea firme, se suspenda su ejecución (**art. 40 LORRPM**), o bien porque, durante la ejecución de la medida, se acuerde dejarla sin efecto o sustituirla por otra que se estime más adecuada (**art. 51 LORRPM**).

Una vez firme la sentencia, según el **art. 46 LORRPM**, hay que dar traslado de la ejecutoria a la entidad pública de protección o reforma de menores competente para el cumplimiento de las medidas acordadas en la sentencia firme, notificándose al Ministerio Fiscal y al letrado del menor.

Recibida en la entidad pública la ejecutoria, aclara el **art. 10 RLORRPM**, ésta designará de forma inmediata, en el plazo máximo de 5 días, un

profesional que se responsabilizará de su ejecución, y si ésta fuera de internamiento, designará el centro más adecuado para su ejecución de entre los más cercanos al domicilio del menor en los que existan plazas disponibles correspondientes al régimen o al tipo de internamiento impuesto.

El profesional o centro designado deberán elaborar un programa individualizado de ejecución, en el plazo de 20 días, que se comunicará al juez competente para su aprobación. Si el juez lo rechazase, en todo o en parte, se someterá a su consideración uno nuevo o la modificación correspondiente del anterior.

Aprobado el programa de ejecución de la medida impuesta, se procede a la liquidación de la condena, indicando las fechas de inicio y de terminación de la misma<sup>400</sup>, con abono en su caso del tiempo cumplido por las medidas cautelares impuestas al interesado, según el art. 28.5 LORRPM.

400. Según el **art. 10.6ª RLORRPM**, se consideran como «fechas de inicio las siguientes:

- a) En las medidas de internamiento, la del día del ingreso o la de firmeza de la sentencia si estuviera internado cautelarmente.
- b) En las medidas de libertad vigilada, el día de la primera entrevista del profesional... con el menor, que deberá llevarse a cabo en la fecha señalada por el juez de menores de entre las propuestas por la entidad pública y comunicada al menor una vez firme la sentencia. Si la medida ya estuviera iniciada cautelarmente, la fecha de inicio será la de la firmeza de la sentencia. Si el menor no compareciera, citado en debida forma, incurrirá en el quebrantamiento previsto en el art. 50.2 LORRPM.
- c) En las medidas de permanencia de fin de semana, el primer día de permanencia en el centro o en el domicilio.
- d) En las medidas de tratamiento ambulatorio y de asistencia a un centro de día, la fecha en que el menor asiste por primera vez al centro ambulatorio o al centro de día asignado.
- e) En las medidas de prestaciones en beneficio de la comunidad y de realización de tareas socioeducativas, la fecha en que comienzan de forma efectiva las prestaciones o las tareas asignadas.
- f) En la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, el primer día de convivencia. Si ya estuviera en medida de convivencia cautelar, el día de la firmeza de la sentencia, sin perjuicio del abono que corresponda.
- g) En las medidas privativas del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para cualquier tipo de armas, y la inhabilitación absoluta, el día en que el menor entregue en la secretaría del juzgado el permiso o licencia correspondiente, o en la fecha que el juez señale a la autoridad administrativa.

Al mismo tiempo se abre un expediente de ejecución en el que se harán constar, según lo dispuesto en el art. 48 LORRPM (también en el art. 12 RLORRPM), las incidencias que se produzcan en su desarrollo.

En el caso de que sean varias las medidas que hubiere que cumplir, según el **art. 47 LORRPM**, el Juez que hubiere dictado la última sentencia firme ordenará el cumplimiento de las mismas de manera simultánea, salvo que esto no fuese posible, en cuyo caso se cumplirán de modo sucesivo, por el siguiente orden, salvo que el Juez estime más adecuado al interés del menor cambiarlo:

- 1º. Las medidas de internamiento, y en caso de que se estuviesen cumpliendo ya otras no privativas de libertad, se interrumpirá su ejecución. Cuando concurren varias medidas de internamiento, primero se cumplirá la de régimen más restringido.
- 2º. Cuando concurre el internamiento terapéutico con otra medida, se impondrá en primer término la medida de internamiento terapéutico, pudiendo el juez, en su caso, suspender el inicio de la ejecución de las medidas posteriormente impuestas hasta que aquélla finalice o sea alzada, pudiendo también dejarlas sin efecto, reducir su duración o sustituirlas por otras.
- 3º. Cuando la libertad vigilada siga al internamiento en un centro, se cumplirá inmediatamente después de finalizado éste.
- 4º. Cuando concurren varias medidas de la misma naturaleza, se cumplirán por orden cronológico de firmeza de las respectivas sentencias, salvo que se trate de medidas de internamiento de diferente régimen, que se cumplirán antes las de régimen más restringido.
- 5ª. Cuando el joven cumpla medidas previstas en la LORRPM y sea condenado a penas o medidas del CP, se cumplirán simultáneamente si ello fuese posible. En caso contrario, la pena de prisión se cumplirá a continuación de la medida de internamiento que se esté ejecutando, salvo que el juez o tribunal sentenciador, tratándose de una condena por delitos graves y atendidas las circunstancias del joven, orden la inmediata ejecución de la pena de prisión impuesta.

Durante la ejecución de la medida, la entidad pública remitirá, según prevé el **art. 49 LORRPM** (también el art. 13 RLORRPM), al Juez y al Fiscal

de Menores, y al letrado del menor también si lo solicita, unos informes sobre la ejecución de la medida y sus incidencia, así como sobre la evolución personal del menor.

En caso de *quebrantamiento de la medida*, las consecuencias varían según que se trate de una medida privativa de libertad o no. Si fuese privativa de libertad, «se procederá a su reingreso en el mismo centro del que se hubiera evadido o en otro adecuado a sus condiciones, o, en caso de permanencia de fin de semana, en su domicilio, a fin de cumplir de manera ininterrumpida el tiempo pendiente». Si la medida quebrantada no fuere privativa de libertad, se podrá instar la sustitución de aquélla por otra de la misma naturaleza. Excepcionalmente, se podrá sustituir por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento (**art. 50 LORRPM**).

Una vez cumplida la medida, la entidad pública remitirá a los mismos destinatarios señalados en el art. 49 LORRPM un *informe final*, y el Juez de Menores dicará acuto acordando lo que proceda respecto al archivo de la causa. Además, cuando el interés del menor así lo requiera, el Juez podrá instar de la entidad pública de protección o reforma de menores, que se arbitren los mecanismos de protección del menor conforme a las normas del CC (**art. 53 LORRPM**).

### b) *Reglas especiales para las medidas de internamiento*

1. Dada la importancia de las medidas de internamiento, la LORRPM ha previsto unas «reglas especiales» para su ejecución en el Cap. III del Tít. VII (arts. 54 ss.), y el RLORRPM las desarrolla en la Secc. 3ª del Cap. III (arts. 23 ss.)<sup>401</sup>.

En primer lugar hay que tener en cuenta que las medidas de internamiento, según el **art. 7.2 LORRPM**, constan de *dos períodos*, cuya duración deberá expresar el Juez en la sentencia: «el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente [...]; el segundo se llevará a cabo en régimen de

401. Específicamente sobre estas reglas, véase, entre otros, ABEL SOUTO, «Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de junio de 2004», ADPCP 2004, 77 ss.

libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez». Es con respecto al primer período para el que se establecen estas reglas especiales.

Según el **art. 54 LORRPM**, las medidas privativas de libertad, así como también la detención y las medidas cautelares de internamiento, «se ejecutarán en centros específicos para menores infractores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales y medidas cautelares privativas de libertad impuestas a los mayores de edad penal». No obstante, «las medidas de internamiento también podrán ejecutarse en centros socio-sanitarios cuando la medida impuesta así lo requiera», y además hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 15 LORRPM para cuando el menor alcanza los 23 años, en cuyo caso «el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal..., ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen ordinario previsto en la LOGP».

Estos centros estarán divididos, según el art. 54.3 LORRPM, en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados y se regirán por una normativa de funcionamiento interno cuyo cumplimiento tendrá como finalidad la consecución de una convivencia ordenada, que permita la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia<sup>402</sup>.

402. Según el **art. 30.2 RLORRPM**, serán normas de convivencia comunes a todos los centros las siguientes: a) El menor internado ocupará, por regla general, una habitación individual; b) El menor internado tiene derecho a vestir su propia ropa, siempre que sea adecuada a la disciplina y orden interno del centro, u optar por la que le facilite el centro; c) El menor podrá conservar en su poder previa autorización oportuna el dinero y los objetos de valor de su propiedad; d) En cada centro ha de haber una lista de objetos y sustancias prohibidas, considerándose en todo caso como tales: las bebidas alcohólicas, las drogas, dinero en cuantía superior a la autorizada, utensilios peligrosos para la vida o la integridad o la seguridad del centro, y aquellos previstos por la normativa de funcionamiento interno del centro; e) En todos los centros habrá un horario, que deberá garantizar un mínimo de ocho horas de descanso nocturno; f) Todos los menores observarán las normas higiénicas, sanitarias y sobre vestuario y aseo personal que se establezcan, y estarán obligados también a realizar las prestaciones no retribuidas que se establezcan para mantener el buen orden y limpieza del centro; y g) Los incumplimientos de estos deberes podrán ser objeto de corrección educativa siempre que no tengan como fundamento la seguridad y el buen orden del centro, en cuyo caso podrán ser objeto de una sanción disciplinaria (**art. 60 LORRPM** y arts. 59 ss. RLORRPM).

2. Toda la actividad del centro estará inspirada, según el **art. 55 LORRPM**, por el *principio de resocialización*. En consecuencia, la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento pueda representar para el menor o para su familia, favoreciendo los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados, y la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas en el proceso de integración social, especialmente de las más próximas geográfica y culturalmente. A tal fin se han fijado reglamentariamente los permisos ordinarios y extraordinarios de los que puede disfrutar el menor internado, a fin de mantener contactos positivos con el exterior y preparar su futura vida en libertad (arts. 45 ss. RLORRPM).

A todos los menores internados se les reconoce una serie de *derechos*, que se derivan de su condición de persona y los inherentes a su minoría de edad (**art. 56 LORRPM**), así como también una serie de *deberes* por su condición de internados (**art. 57 LORRPM**). También se ha previsto la posibilidad de actuaciones en materia de *vigilancia y seguridad interior* de los centros, como inspecciones de los locales y dependencias, registros de personas, ropas y enseres de los menores, así como *medios de contención* (contención física, defensas de goma, sujeción mecánica y aislamiento provisional) para evitar actos de violencia o lesiones de menores, para impedir actos de fuga y daños o ante la resistencia a las instrucciones del personal (**art. 59 LORRPM**, y también arts. 54 y 55 RLORRPM).

## 6. La responsabilidad civil

La LORRPM ha previsto, como una de las novedades más destacadas del Derecho penal de menores, en su Tít. VIII (arts. 61 ss.), una regulación de la «responsabilidad civil»<sup>403</sup>. El cambio que ha supuesto con respecto a la

403. Sobre la responsabilidad civil en la LORRPM, véanse, entre otros, ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*<sup>3</sup>, 566 ss.; BARREDA HERNÁNDEZ, «La víctima en el proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil», *CDJ* 2001 t. III, 513 ss.; CARRERA DOMÉNECH, «El proceso de responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000», *EJMF* 2002-I, 1049 ss.; CUESTA MERINO, «La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores», en AAVV: *Justicia penal de menores y jóvenes*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, 311 ss.; FONT SERRA/GARNICA MARTÍN, *Responsabilidad*

anterior regulación ha sido doble. Por un lado, ha atribuido competencia a los Jueces de Menores también para «resolver sobre las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable» la LORRPM (**art. 2.2 LORRPM**). Por otro lado, y a diferencia de lo que sucede en el Derecho penal de adultos (*infra* § 41.3), ha introducido el principio de responsabilidad solidaria del menor con los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho.

El **art. 61 LORRPM**, relativo a las *reglas generales* de la responsabilidad civil, establece que la acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en la Ley se ejercerá por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se tramitará una pieza separada de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados<sup>404</sup>.

Como hemos dicho, la LORRPM establece un régimen de responsabilidad solidaria del menor y sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Pero es que además, la responsabilidad solidaria de los padres, tutores, acogedores y guardadores es objetiva, es decir, es exigible, a diferencia de las normas del CP y del CC [*infra* § 41.3.b).1.], aunque no medie dolo o negligencia por su parte. No obstante, en estos casos, el Juez podrá moderar su responsabilidad, pero no excluirla (**art. 63.3 LORRPM**).

---

*civil del menor en la Ley de Responsabilidad penal del menor*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003; MARTÍ SÁNCHEZ, «Protección de la víctima y responsabilidad civil en la 'ley penal de los menores'», AP 2001, 65 ss.; SAMANES ARA/GUDE, «La acción civil ejercitada en el proceso penal de menores», AJM 3 (2003), 163 ss.; TESÓN MARTÍN, «La responsabilidad civil en la nueva Ley Penal de Menores», LL 2001-7, 1385 ss.; VALBUENA GONZÁLEZ/GUDE, «La pieza separada de responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor», AJM 3 (2003), 243 ss.; VAQUER ALOY, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación», LL 2001-1, 1632 ss. (= *Justicia penal de menores y jóvenes*, cit., 131 ss.).

404. Las *reglas de procedimiento* para la exigencia de la responsabilidad civil están previstas en el **art. 64 LORRPM**.

El régimen de responsabilidad civil previsto en la LORRPM se aplica sólo a los mayores de 14 años y menores de 18, pues, aunque, en principio estuviese prevista la posibilidad de aplicación de la LORRPM a los mayores de 18 y menores de 21, sin embargo, el art. 61.3 LORRPM lo limita expresamente a los menores de 18. Los mayores de 18 se regirán por las disposiciones comunes de los arts. 109 ss. CP. Y en cuanto a los menores de 14 años, aunque encajarían en el tenor literal del art. 61.3 LORRPM, que sólo se refiere al menor de 18 años, sin embargo, el art. 3 LORRPM establece que «al menor de catorce años no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley». A estos se les aplicará el régimen previsto en el CC.

La *extensión de la responsabilidad civil* se regirá, según el **art. 62 LORRPM**, por lo dispuesto en el Cap. I del Tít. V del Lib. I del CP y consistirá básicamente en la restitución, reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales (*infra* § 41.2). Asimismo, el **art. 61.4 LORRPM** recuerda la posibilidad de aplicar también lo dispuesto en el art. 145 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativo a la responsabilidad patrimonial directa de las Administraciones Públicas por los actos de las autoridades y personal a su servicio por los daños y perjuicios causados a los administrados, y también de lo dispuesto en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y sus disposiciones complementarias (concretamente el RD 738/1997, de 23 de marzo).

Por último, el **art. 63 LORRPM** establece, en los mismos términos que hace el art. 117 CP para los adultos [*infra* § 41.3.a).ii.], la *responsabilidad civil directa* de los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores «hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda».

## CAPÍTULO IX

# Ejecución de la pena y de las medidas de seguridad

## § 31. El Derecho penal de ejecución. En particular el Derecho penitenciario

### 1. El Derecho de ejecución

Decíamos en el primer Capítulo de esta obra (*supra* § 1.2), que el sistema de consecuencias se integra necesariamente de *tres clases de normas*: las relativas a su *previsión legal*; las que se refieren a su determinación en el caso concreto o *individualización*; y, por último, las relativas a su *ejecución*. Previsión legal, individualización y ejecución son, pues, los tres aspectos fundamentales del contenido material de un sistema de sanciones (SILVA SÁNCHEZ).

La última parte del sistema de penas, a la que se denomina Derecho penal de ejecución o Derecho de la ejecución penal, está dedicada a la ejecución o cumplimiento de las sanciones penales, pues de nada habría servido todo lo dispuesto en las normas relativas a la previsión legal y a su individualización, que hemos visto hasta ahora, si al final dichas sanciones se pudiesen cumplir de cualquier manera, sin respetar los principios básicos del Estado social y democrático de Derecho que limitan y legitiman el *ius puniendi*.

## 2. El Derecho penitenciario

### a) *Concepto*

Dentro del Derecho penal de ejecución sobresale por su importancia el llamado *Derecho penitenciario*, que ha llegado a alcanzar una cierta autonomía, y que se ocupa en particular de la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad. A este sector está dedicado el presente Capítulo.

Según GARCÍA VALDÉS, el Derecho penitenciario es “el conjunto de normas jurídicas reguladoras de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad”<sup>405</sup>, y su autonomía se ha consolidado frente a las tesis que han tratado de encuadrarle en la Criminología, o en los Derechos penal, procesal o incluso administrativo.

### b) *Autonomía del Derecho penitenciario*

Parece conveniente atribuir al Derecho penitenciario, como ha señalado MAPELLI CAFFARENA, una naturaleza autónoma, pero una autonomía integradora, en el sentido de que es autónomo y distinto del Derecho penal y procesal, pero guarda una estrecha relación con estos otros sectores del ordenamiento<sup>406</sup>.

La autonomía del Derecho penitenciario se deduce no sólo por tener una denominación propia y distinta de la de otros sectores del ordenamiento jurídico, sino debido a sus diferentes *fuentes*, a un *objeto* de estudio particular y a su *autonomía jurisdiccional*.

405. GARCÍA VALDÉS, «Sobre el concepto y el contenido del Derecho penitenciario», CPC 1986, 661.

406. MAPELLI CAFFARENA, «La autonomía del Derecho penitenciario», LH-Jiménez de Asúa (1986), 453 ss.; *Las consecuencias*<sup>4</sup>, 138.

Sobre la autonomía de este sector del ordenamiento jurídico, véanse también, entre otros, CUELLO CONTRERAS, «La autonomía del Derecho penitenciario frente al Derecho penal y procesal. Crítica a la teoría de la naturaleza jurisdiccional de la ejecución de la pena privativa de libertad», LL 1999-1, 1613 ss.; GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, «Autonomía del Derecho penitenciario. Principios informadores de la LOGP», en *Cuadernos de Derecho Judicial* 1995 t. XXXIII, 67 ss.

1. Por lo que al primer punto se refiere, la **principal fuente** del Derecho penitenciario es la LO 1/1979, de 26 de diciembre, General Penitenciaria (=LOGP). Hasta su aprobación, la legislación penitenciaria española se caracterizó por su dispersión. Existían pocos preceptos sustantivos y adjetivos, que en unión de diversos Decretos, Órdenes Ministeriales y Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, regían este tema<sup>407</sup>.

407. Haciendo un breve repaso histórico de la legislación penitenciaria de nuestro país (véase también, entre otros, BUENO ARÚS, «Cien años de legislación penitenciaria», REP 1981, 63 ss.), podemos citar las siguientes normas:

- La Real Ordenanza de Presidios y Arsenales de 1804 es considerada la primera Ley penitenciaria española.
- El Reglamento de los Presidios peninsulares de 1807, que ante la imposibilidad de acoger a todos los penados en los presidios africanos de Ceuta, Melilla, Alhucemas y Vélez de Gomera, se establecieron presidios militares en la península, aunque con una finalidad utilitaria similar a la de los presidios africanos.
- Introducida la pena privativa de libertad por el CP/1822, era necesario preparar los locales y establecer una regulación de las cárceles. Esta regulación fue dada a través de la Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834, de la que se ha dicho que constituye el primer reglamento penitenciario de España, y que dividía los presidios en tres clases: 1ª clase, para los condenados a dos años de presidio; 2ª clase, para los condenados a más de dos años y hasta ocho inclusive; y 3ª clase, para los condenados a más de ocho años. Los presidios de 1ª clase eran los depósitos correccionales; los de 2ª clase, los presidios peninsulares; y los de 3ª clase, los presidios de África.
- La Ley de Prisiones de 1849, por la cual se hicieron depender todas las prisiones civiles del Ministerio de la Gobernación, y creó los depósitos municipales para el cumplimiento de las penas de arresto menor.
- El CP/1870 había prohibido el trabajo al aire libre de los penados. Ello planteó problemas en varios presidios, especialmente en el de Ceuta, donde los penados eran imprescindibles en la vida de la plaza, puesto que realizaban tareas en las obras municipales y particulares. Por ello, el Ministro CANALEJAS creó, por un Real Decreto de 1889, la colonia penal de Ceuta, estableciendo en ella el sistema progresivo de ejecución de penas, que se dividía en cuatro fases: el primero era de carácter celular (en régimen de asilamiento), en el segundo, que se denominaba instructivo, los penados asistía a la escuela y talleres; el tercero, intermedio, los penados trabajaban en el exterior, regresando a la colonia “de cañón a cañón”; y el cuarto era el de circulación libre, en el que se autorizaba a los reclusos a vivir con sus familias pasando algún control periódico.

Hay que decir que el primer sistema progresivo que se implantó en España se había puesto en marcha unos años antes, por parte del coronel MONTESINOS, durante los años en que fue nombrado Comandante del Presidio Correccional de Valencia (en 1833) [véase, entre otros, RICO DE ESTASEN, «Un gran penitenciarista español: el co-

La Ley General Penitenciaria tiene carácter orgánico –por cierto, le corresponde el honor de haber sido la primera de este tipo que se aprobó tras la entrada en vigor de la CE/1978–, y de este modo se está reconociendo que

ronel Montesinos», ADPCP 1956, 455 ss.]. El tiempo de permanencia en prisión se dividía en tres períodos: 1) el período de los “hierros”, durante el cual los condenados eran sometidos a un aislamiento celular absoluto a la vez que portaban una cadena o hierro en los pies; 2) el segundo período consistía en el trabajo común durante el día, y era voluntario, pues el recluso podía continuar en el primero si quería; y 3) el tercero y último período era el de la “libertad intermedia”, durante el cual los internos trabajaban en el exterior y pernoctaban en el presidio.

- Los últimos años del siglo XIX conocen una situación lamentable de las prisiones, pues las sucesivas disposiciones de los Códigos Penales habían dejado sin efecto prácticamente las normas de las anteriores ordenanzas. De la necesidad de corregir esta situación surge un Real Decreto en 1901, que establece también un régimen progresivo basado en los premios y castigos.
- El Real Decreto de 1913, por el que se sancionó el Reglamento de los Servicios de Prisiones, responde a la necesidad de reunir en un cuerpo articulando todas las normas que en materia penitenciaria se hallaban dispersas, en donde se confundía lo derogante con lo derogado. Destaca la clasificación de las prisiones en Centrales (divididas para hombres y mujeres, sexagenarios y reformatorios para jóvenes), Provinciales y de Partido.
- Durante la Dictadura de Primo de Rivera se aprueba un nuevo Código penal, y se aprueba también un Reglamento en 1928 para adaptar la anterior regulación penitenciaria al nuevo CP.
- En 1930 se aprueba un nuevo Reglamento del Servicio de prisiones que estaría en vigor hasta 1948, si bien durante la II República, siendo Directora General de Prisiones Victoria KENT, se aprobaron una serie de disposiciones importantes, de carácter humanitario, como la Orden de 1931 que suprimió las celdas de castigo sin luz, las cadenas y grilletes en todas las cárceles y penales. Con los hierros de esas cadenas y grilletes, una vez fundidos, Victoria Kent ordenó realizar un busto de Concepción Arenal [véase, entre otros, GARCÍA VALDÉS, «Semblanza política y penitenciaria de Victoria Kent», ADPCP 1987, 573 ss.].
- Tras la Guerra Civil y durante la Dictadura del General Franco, el régimen penitenciario estuvo sustentado, fundamentalmente, en dos normas: los Reglamentos de los Servicios de Prisiones de 1948 y de 1956. El primero adaptó el sistema penitenciario a los criterios del CP/1944. Junto a las Prisiones Centrales, Provinciales y de Partido, aparece la Prisión Central de Observación, la Prisión Central de Político-sociales y las Prisiones Centrales de delitos comunes, las cuales, a su vez, se dividen en centrales para delitos contra la propiedad y centrales para delitos contra las personas. El sistema progresivo sigue siendo el de ejecución de las penas. El Reglamento de 1956, teóricamente pretendía adaptarse a las Reglas Mínimas del tratamiento de los reclusos aprobadas en Ginebra en 1955, sin embargo, y a pesar de las importantes modificaciones que sufrió, como las de 1964, 1968 y 1977, en el interior de las cárceles todo permaneció más o menos igual.

la misma afecta al desarrollo de los derechos fundamentales y que, por tanto, para su derogación o modificación, requerirá mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto (**art. 81 CE**).

El sistema de fuentes de nuestro Derecho penitenciario actual sería el siguiente:

- 1) En la cúspide se encontraría la propia **CE**, en particular, su art. 25.
- 2) Luego, y a nivel legal, el propio **CP**, en el que se contienen algunas disposiciones relativas a la ejecución de las penas, como por ejemplo, el art. 3.2, que recoge la garantía de ejecución del principio de legalidad, o los arts. 90 ss., relativos a la libertad condicional; la **LECr**, que en los arts. 983 ss., por ejemplo, se ocupa de la ejecución de sentencias, y la ya citada **LOGP**<sup>408</sup>.
- 3) Sin embargo, la LOGP no ha regulado todos los aspectos de la ejecución, que han sido abordados por normas de rango reglamentario. Concretamente, el RD 1281/1981, de 8 de mayo, por el que se aprobó el Reglamento Penitenciario, desarrolló inicialmente la LOGP, pero posteriormente ha sido sustituido por el RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba un nuevo **Reglamento Penitenciario**<sup>409</sup>, modificado en parte por el RD 782/2001, de 6 de julio, que regula la relación laboral de los reclusos y la Seguridad Social de los que cumplan la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y que ha derogado los arts. 134 a 152 RgtoP/1996. No obstante, aún siguen vigentes los arts. 108 a 111 y 124 párr. 1º del RgtoP/1981, relativos a las infracciones de los internos, a las sanciones disciplinarias y a los actos de indisciplina grave cuya sanción puede ser inmediatamente ejecutada. E incluso todavía se aplican, aunque sea transitoriamente, algunos artículos del antiguo Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, concretamente los arts. 65 a 73, a efectos de la redención de penas por el trabajo para aquellos reclusos que estén

408. Véase, por todos, AAVV: «Ley Orgánica General Penitenciaria», CLP t. VI, 2 vols., Madrid, 1986.

409. Véase, por todos, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA/RODRÍGUEZ RAMÍREZ, *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, 3ª ed., Ed. MAD, Sevilla, 2002.

cumpliendo condena todavía conforme al ACP. Por último, en materia de ejecución de penas privativas de libertad, hay que tener en cuenta también lo dispuesto en el RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

- 4) El sistema de fuentes del Derecho penitenciario se completa con las **Circulares, Instrucciones y Órdenes de Servicio de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias**, así como con las normas internacionales que regulan aspectos relacionados con la ejecución de las penas, como por ejemplo las Reglas Penitenciarias Europeas de 1987<sup>410</sup>.

2. El segundo criterio para apreciar la autonomía del Derecho penitenciario es su **objeto o materia**. La Ciencia del Derecho penitenciario se ocupa de estudiar las normas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad. La relación jurídica penitenciaria que se entabla cuando se cumple una pena o una medida privativa de libertad entre el penado y la Administración penitenciaria<sup>411</sup> supone la permanencia de una serie de derechos, de los que no ha sido privado el interno, y que por tanto se tienen que salvaguardar y tutelar. Pero paralelamente, existe una serie de deberes, que el interno tiene que cumplir. Estos derechos y estos

410. Por ejemplo, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955; o también las Reglas Mínimas del Consejo de Europa, aprobadas por Resolución 5 (73), de 19 de enero de 1973, en donde se hace una revisión de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas de 1955, teniendo en cuenta los cambios producidos en el marco europeo y ante la posibilidad de que los Estados miembros pudieran encontrar un denominador común. En 1987 la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa acordó revisar estas Reglas Mínimas y aprobó la Recomendación 3 (87), de 12 de febrero del Comité de Ministros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas.

Más detalles, entre otros, en BUENO ARÚS, «El Consejo de Europa y el Derecho penitenciario», LH-Cerezo Mir (2002), 1049 ss.

411. Sobre esta relación, véase, entre otros, MAPELLI CAFFARENA, «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», EPC t. XVI (1993), 281 ss.

deberes es lo que constituye en sí el objeto de regulación de las normas pertenecientes al Derecho penitenciario.

3. Por último, la actividad de la Administración a la hora de ejecutar la pena privativa de libertad se encuentra sujeta a un estricto control jurisdiccional, que corresponde a la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, garante judicial de la ejecución y de la salvaguarda de los derechos de los internos (*infra* § 39).

## § 32. Sistemas penitenciarios

### 1. El nacimiento de la pena de prisión

En un capítulo anterior hemos visto también cuáles son y en qué consisten las penas privativas de libertad que en la actualidad existen en nuestro ordenamiento jurídico (*supra* §§ 7 ss.).

Hemos dicho que la pena privativa de libertad por antonomasia, la pena de prisión, consiste en la reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece privado, en mayor o menor medida, de su libertad y sometido a un específico régimen de vida.

En la actualidad, para el ciudadano medio es frecuente pensar que el delito va a traer como consecuencia normal el ingreso en prisión del delincuente, y bien pudiera pensarse que éste es un fenómeno secular que está también llamado a perpetuarse en el tiempo. Sin embargo, se puede afirmar que nada más lejos de la realidad. La privación de libertad como pena tan sólo en tiempos muy recientes se ha convertido en el eje del sistema punitivo, y tal vez algún día, no sería de extrañar, aunque hoy por hoy no se vislumbre, deje de serlo y sea sustituida por otras penas<sup>412</sup>.

412. Sobre el futuro de la pena de prisión, véase, entre otros, BERISTAIN IPIÑA/DE LA CUESTA ARZAMENDI (eds.), *Cárceles de mañana. Reforma penitenciaria en el tercer milenio*, Ed. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1993.

a) *Las casas de corrección como antecedente de la moderna pena de prisión (remisión)*

También en aquel Capítulo señalábamos, al examinar la evolución histórica de la pena privativa de libertad, que como sanción penal pertenece a una etapa muy avanzada de la Historia del Derecho penal. Se puede decir que hasta el siglo XVIII el Derecho penal recurrió, fundamentalmente, a la pena capital, las corporales y las infamantes.

Es cierto que lugares donde retener a la persona acusada o culpable de haber cometido un delito han existido siempre. Sin embargo, lo que ha variado a lo largo del tiempo ha sido la concepción de esta forma de castigar.

Durante la mayor parte de la Historia, la prisión se ha utilizado, fundamentalmente, para guardar delincuentes y no como un medio represivo en sí. Sólo a partir de la **segunda mitad del siglo XVI** cabe entender que tomaría carta de naturaleza la pena privativa de libertad en el sentido moderno que tiene esta institución, es decir, en el sentido de que a través de la privación de libertad, a la vez que se castiga al infractor, se le puede inculcar a ser una persona respetuosa con la ley.

Es en aquel momento cuando, debido a diversas razones, surgieron las denominadas «casas de corrección» con antecedente de la actual pena de prisión (*supra* § 7.2). De todas formas, su sentido fue bien distinto del que motivó la difusión de la pena de privación de libertad más tarde, durante el siglo XIX.

b) *La Ilustración y la pena de prisión*

Si algo criticaron con ahínco los grandes pensadores del Iluminismo, además de la arbitrariedad del Derecho penal del *Ancien Régime*, fue la crueldad de sus penas. Ésta sería, sin duda, la característica más importante del período que habría de venir, en el que se atacó el exceso de crueldad de aquellas penas del “Derecho del terror”. Aquellas penas se presentaron como contrarias a la dignidad del hombre, que se erigió en centro del pensamiento liberal, y se propuso su sustitución por la pena de prisión. La pena de prisión, aunque hoy pueda resultar paradójico, supuso un rasgo de humanización del Derecho penal frente a la dureza de las penas del Derecho

penal del Antiguo Régimen. El pensamiento ilustrado vino a descubrir la privación de libertad como una forma de pena racional en sí misma, y no sólo por razones económicas como sucedió en el período inmediatamente anterior con las casas de corrección, la deportación o las galeras. Y lo que es más importante, la prisión era una pena ajustada a las necesidades de un sistema penal más humano y basado en la proporcionalidad entre el delito y la pena: la privación de libertad, al ser graduable, puede imponerse con duraciones diversas según la gravedad del delito. Todo ello llevó a erigir los sistemas penales liberales de los siglos XVIII y XIX sobre la base de la pena privativa de libertad, y en gran medida los sistemas penales modernos todavía responden a este modelo.

### c) *La reforma penitenciaria y John HOWARD*

En esta época se pone en marcha la reforma penitenciaria, la cual se inicia con la aportación del inglés John HOWARD (1726-1790) sobre la base de una imperiosa necesidad de humanizar el riguroso régimen carcelario, que por cierto, pudo experimentar en sus propias carnes<sup>413</sup>.

En 1770 publicó *The state of prisons in England and Wales*, donde denuncia la falta de luz de las cárceles, de aire, su población estaba enferma, mal alimentada, maltratada, etc. Su obra causó un impacto semejante al producido pocos años antes por la de BECCARIA. Pero HOWARD no se detuvo en la denuncia, sino que sentó las bases de la reforma que estaba por venir. Los principales

---

413. Según expone LANDROVE DÍAZ, *Consecuencias*<sup>6</sup>, 50, marchaba a Lisboa a socorrer a los damnificados por el terremoto, cuando su barco fue apresado por los franceses, entonces en guerra con Inglaterra, y fue conducido a la prisión de Brest, donde tuvo ocasión de conocer los dantescos males de las prisiones de la época. Más tarde fue sheriff del condado de Bedford, teniendo bajo su jurisdicción la cárcel de esta ciudad, y donde encuentra grandes abusos, confirmados luego en otros lugares al recorrer las prisiones inglesas. Logra llamar la atención del Parlamento, que vota una ley organizando la libertad provisional y aboliendo los derechos que los presos tenían que pagar. Los dieciséis últimos años de su vida los dedicó a recorrer Europa, visitando prisiones y hospitales, hasta que muere en Kherson (Rusia) de una fiebre carcelaria.

Más detalles sobre la vida y la importancia de Howard, entre otros, en GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, «Crónica de la vida de John Howard, *alma mater* del Derecho penitenciario», ADPCP 2005, 95 ss.

aspectos de su propuesta fueron: la necesidad de erigir establecimientos adecuados para el cumplimiento de las penas privativas de libertad; en estos establecimientos debía proporcionarse al penado un régimen higiénico, alimenticio y de asistencia médica que alcanzase a cubrir las más elementales necesidades; para favorecer la reflexión del condenado y hacer posible el arrepentimiento preconizaba el aislamiento celular, pero no absoluto sino simplemente nocturno; encerrando al preso en su celda se evitan las contaminaciones físicas y morales; necesidad de organizar de modo serio y constante el trabajo en la prisión, habida cuenta su eficacia moralizadora; a la instrucción se asigna una importancia decisiva y se considera la enseñanza religiosa como el medio más adecuado para instruir y moralizar.

#### d) *La reforma de la arquitectura penitenciaria*

A principios del siglo XIX, las prisiones en Europa, muchas de ellas construidas en la Edad Media, no se adaptaban a las exigencias de la reforma penitenciaria que se había iniciado ya. La Torre de Londres o la Bastilla son ejemplos de cómo se aprovecharon edificios, que inicialmente fueron construidos como fortalezas, para albergar a reclusos. Por ello aquella arquitectura medieval de los establecimientos penitenciarios resultaba totalmente inadecuada a los nuevos modelos penitenciarios que fueron surgiendo durante el siglo XVIII.

Otro inglés, Jeremías BENTHAM (1748-1832) sugiere un cambio en la arquitectura carcelaria que tendría luego una enorme influencia. En su *Tratado de legislación civil y penal* se encuentra su célebre opúsculo titulado *Panóptico*, en donde se diseñó un establecimiento penitenciario que tenía una forma circular o poligonal, cubierto por un techo de cristal. En el centro del edificio se situaba una torre de inspección desde la que se podía divisar el interior de todas las celdas. Esta torre central estaba, además, comunicada directamente con las celdas mediante tubos de hojalata. Este diseño arquitectónico permitía vigilar y dar órdenes a la reclusos sin mucho esfuerzo.

El régimen interno de este establecimiento estaría regido por tres criterios: ausencia de sufrimiento corporal; severidad, pues no puede encontrarse mejor que en libertad; y economía, evitando gastos innecesarios.

## 2. Los principales sistemas penitenciarios

### a) *Sistema filadélfico o pensilvánico*

Estas ideas reformistas tuvieron diversas manifestaciones<sup>414</sup>. De las primeras ha sido el llamado sistema filadélfico o pensilvánico, que recibe el nombre del lugar donde se implantó (Filadelfia, EEUU). Este modelo, influido por el ambiente de los cuáqueros, se basaba en el aislamiento en celda, en donde el preso permanecía encerrado todo el día, sin comunicación con otros presos ni con el exterior, sin visitas (salvo las de los funcionarios del centro, el capellán, y miembros de asociaciones de ayuda al preso), con obligación estricta de guardar silencio y con la única lectura permitida de la Biblia. No obstante, posteriormente se permitió que los presos realizaran alguna labor dentro de la celda, lo que rompía en alguna medida la monotonía del régimen de vida.

Entre las *ventajas* que se atribuyen al régimen filadélfico se han señalado las siguientes: evita el contagio carcelario; reduce el riesgo de evasiones y motines; no es necesario un elevado número de funcionarios para controlar el centro; y se decía que purificaba el alma del sujeto por el arrepentimiento derivado de la meditación.

En cambio, los *inconvenientes* que presenta este sistema son muy serios, pues resulta incompatible con la naturaleza social del hombre, y es perjudicial para la salud física y mental del recluso, pues el encierro y la absoluta y continuada soledad frecuentemente degenera en una psicosis. El hecho de que posteriormente se permitiera al recluso realizar alguna labor dentro de la celda, poco alteró el modelo, pues dicho trabajo era repetitivo y mecánico, de tal modo que el único aliciente que tenía era realizar ese trabajo rutinario durante horas, días, meses e incluso años.

### b) *Sistema de Auburn*

Según LANDROVE DÍAZ, este sistema ha sido patrocinado directamente por Elam LYNDS, el director de la prisión de Sing-Sing, de la ciudad de Auburn (N.Y.).

414. Sobre lo que sigue, véase, entre otros, GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*<sup>3</sup>, 89 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Consecuencias*<sup>6</sup>, 51 ss.

A LYND'S no le convenía el régimen filadélfico, ni tampoco el que hasta entonces se aplicaba en dicha penitenciaría, así que decidió crear uno nuevo. El nuevo sistema penitenciario era de carácter mixto. Por un lado, tenía un aislamiento celular, si bien sólo nocturno; y por otro lado, por el día, se vivía y trabajaba en común, aunque bajo un estricto silencio. Tampoco podía recibir visitas, aunque se implantó una enseñanza básica: lectura, escritura y aritmética. Quien quebrantara el régimen de vida recibía duros castigos corporales.

Entre las *ventajas* que se atribuyen a este sistema cabe mencionar las siguientes: estos establecimientos resultan económicos en su construcción; el trabajo en colectividad es más productivo y de más fácil organización; con este sistema se evitan los perniciosos efectos del aislamiento absoluto.

Pero entre los *inconvenientes*, el más señalado es el de la utilización de los castigos corporales; además, la regla del silencio es contraria a la naturaleza humana y además se hace especialmente difícil de cumplir cuando se contemplaba la vida en común durante el día.

### c) *Sistemas progresivos*

Tanto el sistema filadélfico como el auburniano no afectaban al contenido de las penas, pues el reo permanecía privado de libertad durante todo el tiempo de su condena. Dichos sistemas se referían tan sólo al régimen de vida que debía llevarse mientras se permaneciera privado de libertad.

Los denominados sistemas *progresivos*, que se deben sobre todo a la labor de los funcionarios de prisiones, en cambio, afectan también al contenido de las penas. La duración de la privación de libertad no se encuentra previamente determinada como sucedía con los anteriores sistemas, sino que su duración depende, en parte, de la conducta que el recluso observe en prisión. De este modo se pretende estimular en él determinadas conductas que se consideran como positivas y que le conducirían a obtener la libertad.

En nuestro país ya se puso en marcha en 1836 un sistema de este tipo, concretamente por parte del coronel MONTESINOS, en el presidio correccional de Valencia. Con posterioridad, ha tenido mucha importancia el sistema desarrollado en Irlanda por CROFTON, que llegaría a denominarse sistema *irlandés*. De ahí, luego el sistema progresivo se iría extendiendo por la mayoría de los países.

La principal característica del sistema progresivo de ejecución de la pena de prisión estriba en la distribución de la duración de la condena en diversos estadios. En cada una de estas fases se va acentuando cada vez más el número de privilegios y beneficios de que dispone el penado. Éste progresa de un nivel a otro en función de la buena conducta que observe. De este modo se pretende conseguir dos cosas: una, estimular una buena conducta en el penado; y otra, prepararle para una vida futura en libertad.

Las fases o períodos en que se divide la duración de la pena suelen ser las siguientes:

- En primer lugar, habría un período de *aislamiento en celda*, durante el cual se procedería al reconocimiento del recluso, para clasificarle y enviarle al establecimiento más adecuado para que cumpla su condena.
- En segundo lugar, estaría un período de *vida en común*, en el cual el penado desarrolla una serie de actividades de diversa índole: instructivas, educativas, de formación profesional, etc.
- En una tercera fase, denominada de *pre-libertad*, se pone al recluso en contacto con la sociedad, incrementándose las relaciones con el exterior a través de salidas programadas, concesión de permisos, etc.
- Y por último, estaría la fase de *libertad condicional o bajo palabra*, en la que el sujeto obtiene la plena libertad de modo anticipado.

El sistema progresivo se caracteriza, además, porque cada una de estas fases debe cumplirse, en principio, en un establecimiento distinto. La primera etapa se desarrollaría en un establecimiento cerrado; la segunda, en uno semi-abierto; y el período de pre-libertad, en uno abierto (*infra* § 35).

## § 33. La Ley Orgánica General Penitenciaria. Principios informadores

### 1. Estructura y contenido de la LOGP

Este sistema progresivo que acabamos de describir ha sido implantado en nuestro ordenamiento jurídico, y es el actualmente vigente. Veamos a

continuación, con algo más de detalle, nuestro sistema penitenciario<sup>415</sup>. Para ello vamos a realizar un somero repaso de la LOGP<sup>416</sup>.

La LOGP consta de 80 artículos, dos disposiciones transitorias y dos disposiciones finales. Los 80 artículos están comprendidos en un Título Preliminar al que siguen otros seis Títulos.

Hasta el momento ha sido modificada en cuatro ocasiones<sup>417</sup>: 1) Por LO 13/1995, de 18 de diciembre, que amplió los plazos de excepción de trabajar a las mujeres reclusas embarazadas y permitió tener a las reclusas a sus hijos menores de 3 años en su compañía y estableció un especial régimen de visitas para los hijos menores de 10 años<sup>418</sup>; 2) LO 5/2003, de 27 de

415. La bibliografía al respecto es prácticamente inabarcable. Por ello me limitaré a reseñar algunas de las obras de carácter general que considero más importantes: BUENO ARÚS y otros: *Lecciones de Derecho penitenciario*, 2ª ed., Ed. Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1989; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001; GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1982; *Estudios de Derecho penitenciario*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982; *Derecho penitenciario. (Escritos 1982-1989)*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989; POLAINO NAVARRETE, *Estudios Penitenciarios*, Ed. Universidad de Córdoba, 1988; RACIONERO CARMONA, *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva jurídica*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999; RÍOS MARTÍN, *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, 3ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2004; RIVERA BEIRAS, *Cárcel y derechos humanos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992; *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994; *Devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997; RIVERA BEIRAS (dir.): *La cárcel en el sistema penal: un análisis estructural*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1996; RODRÍGUEZ ALONSO, *Lecciones de Derecho penitenciario*, 3ª ed., Ed. Comares, Granada, 2003; TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO/SAPENA GRAU/RODRÍGUEZ PUERTA, *Curso de Derecho Penitenciario*, 2ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2005; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/PÉREZ CEPEDA/SANZ MULAS/FERNÁNDEZ GARCÍA, *Manual de Derecho penitenciario*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

416. Véase también, entre otros, BUENO ARÚS, «Breve comentario a la Ley Orgánica General Penitenciaria», LH-Pérez Vitoria (1983), t. I, 45 ss.

Mucho más detenidamente, por todos, AAVV: «Ley Orgánica General Penitenciaria», CLP t. VI, 2 vols., Madrid, 1986.

417. Véase, entre otros, GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

418. La LO 13/1995, de 18 de diciembre, ha dado nueva redacción al apart. e) del art. 29.1 LOGP y a los apart. 2 y 3 del art. 38 LOGP.

mayo, por la que se crearon los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria<sup>419</sup>; 3) LO 6/2003, de 30 de junio, sobre el derecho a la educación de los presos<sup>420</sup>; 4) LO 7/2003, de 30 de junio, sobre el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, en virtud de la cual se exige haber satisfecho la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito para poder ser clasificado en tercer grado<sup>421</sup>.

En el **Título Preliminar** se especifican los objetivos de las Instituciones Penitenciarias, se proclama la garantía de legalidad de la actividad penitenciaria y se establecen los derechos y los deberes de los internos.

En el **Título I** se establece la clasificación de los establecimientos y se define cada uno de los centros.

El **Título II** regula el régimen penitenciario, dividiéndose en 10 capítulos, relativos a la organización general; el trabajo; la asistencia sanitaria; el régimen disciplinario; las recompensas; los permisos de salida; información, quejas y recursos; comunicaciones y visitas; asistencia religiosa; e instrucción y educación.

El **Título III** está dedicado al tratamiento.

El **Título IV** se refiere a la asistencia postpenitenciaria.

El **Título V** regula las funciones y competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Y el **Título VI** se ocupa de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias.

Los aspectos más destacados de dicha Ley son:

- a) El contenido del Título Preliminar, donde con carácter general se sientan los principios que deben informar y orientar el sistema penitenciario español, y que veremos a continuación.
- b) La consideración del tratamiento penitenciario como instrumento capaz de lograr el fin último de la resocialización.

419. La LO 5/2003, de 27 de mayo, ha modificado la redacción originaria de la letra h) del art. 76.2 LOGP.

420. La LO 6/2003, de 30 de junio, ha dado nueva redacción al art. 56 LOGP.

421. La LO 7/2003, de 30 de junio, ha introducido dos nuevos apartados, el 5 y el 6, en el artículo 72 LOGP.

- c) La aparición, por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico, del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

## 2. Principios informadores de la LOGP

Los *principios fundamentales* que inspiran la LOGP son los siguientes<sup>422</sup>:

- La finalidad de las penas y medidas de privación de libertad es la reeducación y reinserción social de los sentenciados, en consonancia con lo dispuesto en el art. 25.2 CE. Si bien el **art. 1 LOGP** añade a este fin también la retención y la custodia de detenidos, presos y penados.
- La actividad penitenciaria ha de desarrollarse respetado el principio de legalidad (**arts. 3.2 CP y 2 LOGP**), la personalidad de humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin que pueda establecerse ningún tipo de discriminación por razón de raza, opiniones políticas, religión, condición social o cualquier otra circunstancia semejante (**art. 3 LOGP**).
- Los reclusos tienen también una serie de deberes que cumplir (**art. 4 LOGP**), siendo el principal de ellos permanecer en el centro penitenciario, así como acatar las normas de régimen interior.
- La clasificación y separación de los internos a su ingreso se realiza atendiendo a la edad, sexo, condición de preventivo o penado, reincidencia, salud, etc. (**art. 16 LOGP**). Clasificación que también determina el lugar de cumplimiento: establecimiento ordinario, abierto o cerrado, en función del grado en que esté clasificado el recluso (**arts. 7 ss. LOGP**).
- Se pretende que los presos se alojen en celdas individuales, estableciendo como excepción el recurso a dependencias colectivas (**art. 19 LOGP**). Sin embargo, la realidad ha invertido los términos, convirtiendo la excepción en regla general. Se establece, además, el

422. Más detalles, entre otros, en MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.

derecho del interno a vestir sus propias ropas u optar por las que le facilite Instituciones Penitenciarias (**art. 20 LOGP**).

- Fomento de la participación de los internos en las actividades de orden educativo, recreativo, religioso, deportivo y en el desenvolvimiento de los servicios de alimentación (**art. 24 LOGP**).
- Consideración del trabajo como un derecho y deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento. Se tenderá a su equiparación con el trabajo en libertad en cuanto a remuneración, jornada y seguridad social, además de ser formativo y digno (**art. 26 ss. LOGP**).
- Se trata de garantizar una adecuada asistencia sanitaria (**arts. 36 ss. LOGP**).
- El régimen disciplinario se establece con la finalidad de garantizar la seguridad y la convivencia ordenada en el establecimiento (**arts. 41 ss. LOGP**). La sanción más grave es el aislamiento en celda hasta 14 días, en caso de reincidencia hasta 21 y en caso de acumulación de infracciones hasta un máximo insuperable de 42 días consecutivos. La imposición de sanciones exige la previa audiencia y defensa del interesado, pudiendo interponer recurso contra la resolución en que se imponga dicha sanción<sup>423</sup>.
- Mediante un sistema de recompensas, desarrollado reglamentariamente, se pretende estimular la buena conducta, el espíritu de trabajo y el sentido de la responsabilidad (**art. 46 LOGP**).
- Regulación de los permisos de salida, tanto los extraordinarios (fallecimiento, enfermedad grave o alumbramientos de familiares) como los ordinarios (presos clasificados en segundo y tercer grado que hayan extin-

423. Más detalles al respecto, entre otros, HUALDE/LEZANA/MUÑAGORRI LAGÜÍA, «Informe-resumen sobre el aislamiento en las cárceles españolas», CPC 1989, 841 ss.; JUANES PECES, «Constitucionalidad de la medida de aislamiento en celda aplicada en virtud del artículo 10 de la Ley General Penitenciaria y la Circular 2470/92 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias», JpD 23 (1994), 33 ss.; MAPELLI CAFFARENA, «Contenido y límites de la privación de libertad. (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)», LH-Torío López (1999), 615 ss. [=Eguzkiloire 12 (1998), 87 ss.; PJ 52 (1998), 213 ss.]; RENART GARCÍA, «El sistema de sanciones en el régimen disciplinario penitenciario», LL 2002-2, 1725 ss.; *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*, Ed. Universidad de Alicante, 2002.

guido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta, como forma de preparación para la vida en libertad) (**arts. 47 y 48 LOGP**)<sup>424</sup>.

- Regulación de las quejas y recursos (**arts. 49 y 50 LOGP**), comunicaciones y visitas (**arts. 51 a 53 LOGP**), asistencia religiosa (voluntaria) (**art. 54 LOGP**) e instrucción y educación (**arts. 55 a 58 LOGP**).
- Se configura un tratamiento penitenciario dirigido a la reeducación y reinserción social de los penados (**arts. 59 ss. LOGP**), basado en el estudio científico de la personalidad como tarea previa, del que se elaborará un diagnóstico de personalidad criminal que junto al historial servirá como punto de arranque para la clasificación y el tratamiento. El tratamiento será individualizado, complejo, programado, de carácter continuo y dinámico, dependiendo, dado el presupuesto del que parte, de los cambios que experimente la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena (**art. 62 LOGP**).
- Entre la regulación de la asistencia postpenitenciaria (**arts. 73 ss. LOGP**), cabe destacar que los antecedentes penales no podrán ser motivo de discriminación social o jurídica (**art. 73.2 LOGP**).
- Se crean los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (**arts. 76 ss. LOGP**), como órgano jurisdiccional de control de la actividad penitenciaria y como garantía de los derechos de los penados.

## § 34. Grados en el cumplimiento de la pena

### 1. Los grados como etapas del sistema progresivo

1. El modelo resocializador que está presente en nuestro ordenamiento no puede conformarse con la mera aflicción de las penas, sino que el

424. Véanse al respecto, entre otros, LEGANÉS GÓMEZ, *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Los permisos ordinarios de salida. Régimen jurídico y realidad de salida*, Ed. Edisofer, Madrid, 2002.

castigo ha de ser útil también para el infractor mismo. Desde este punto de vista, no hay peor castigo –se dice–, que un castigo inútil. Por este motivo se pretende que a través del cumplimiento de la pena privativa de libertad se consiga reinsertar al reo en la sociedad. Para ello se intenta fomentar en él conductas prosociales, lo cual se lleva a cabo en nuestro sistema punitivo de diversas formas. Algunas de ellas tienen como presupuesto diversas técnicas psicológicas de modificación de la conducta basadas en programas de condicionamiento o de aprendizaje operante<sup>425</sup>. El principio central de estos programas es que cualquier conducta que lleva a un resultado placentero o deseable tiende a repetirse en un ambiente semejante; y a la inversa, una conducta que produzca un resultado desagradable tenderá a no repetirse. Dentro de este grupo de técnicas se encuentra el sistema progresivo o de «grados», que es el que actualmente impera en nuestro sistema penitenciario.

2. El *sistema progresivo* diseña un cumplimiento de la pena privativa de libertad en fases o etapas [*supra* § 32.2.c)], lo que actualmente equivale a los «grados». En este sistema se progresa de un grado a otro según se vayan obteniendo conductas más socializadas, siendo la última fase mucho más flexible en cuanto a las medidas de control y, sobre todo, en cuanto a las salidas fuera de la prisión. Según lo dispuesto en el **art. 100.1 RgtoP**, «tras el ingreso los penados deberán ser clasificados en grados. Los grados serán nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponda con un régimen en el que las medidas de control y seguridad serán más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto»<sup>426</sup>.

425. Véase al respecto, entre otros, GARRIDO GENOVÉS, *Psicología y tratamiento penitenciario: una aproximación*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1982; *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

426. «No obstante –aclara el **apart. 2 del art. 100 RgtoP**–, con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado...».

La clasificación en grados determina, por tanto, el régimen penitenciario aplicable al recluso. Según el **art. 101 RgtoP**, «la clasificación en segundo grado implica la aplicación de las normas correspondientes al régimen ordinario de los Establecimientos»; «el tercer grado determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades»; y «el primer grado determina la aplicación de las normas del régimen cerrado». Asimismo, el **art. 74 RgtoP** establece que «el régimen ordinario se aplicará a los penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos»; «el régimen abierto se aplicará a los penados clasificados en tercer grado que puedan continuar su tratamiento en régimen de semilibertad»; y «el régimen cerrado se aplicará a los penados clasificados en primer grado por su peligrosidad extrema o manifiesta inadaptación a los regímenes comunes anteriores y a los preventivos en quienes concurren idénticas circunstancias».

«Para determinar la clasificación, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento» (**art. 102.2 RgtoP**).

## 2. Grados en la clasificación del recluso

### a) *Clasificación en segundo grado*

«Serán clasificados en **segundo grado** los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad» (**art. 102.3 RgtoP**). Lo normal será que la clasificación inicial sea en segundo grado, y por tanto, que se le aplique el régimen ordinario. Sin embargo, nada impide que en algunos casos pueda clasificarse al recluso directamente en el tercer grado. Así lo permite el **art. 72.3 LOGP**, según el cual «siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden».

## b) Clasificación en tercer grado

La clasificación en **tercer grado**, que comporta la aplicación del régimen abierto (*infra* § 36), «se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad» (**art. 102.4 RgtoP**). No obstante, no todos los reclusos en estas circunstancias podrán ser clasificados en tercer grado. Hay que tener en cuenta, que por LO 7/2003, se han producido dos reformas que inciden directamente sobre la clasificación en tercer grado.

1. En primer lugar, por medio de la LO 7/2003 se modificó el CP, añadiendo un **apart. 2 al art. 36 CP**, en virtud del cual se introduce en nuestro sistema penitenciario un *período* llamado *de seguridad*, según el cual «cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta».

El tercer grado penitenciario comporta un régimen de cumplimiento de la pena de prisión que se puede calificar de semilibertad. El penado tan sólo tiene que permanecer en el Centro Penitenciario 8 horas diarias, normalmente por la noche; tiene permisos de salida los fines de semana; y además, el tercer grado es requisito imprescindible para obtener la libertad condicional. Hasta la reforma de 2003 cualquier penado podía ser clasificado directamente en tercer grado. Ahora, con la introducción de ese «período de seguridad», se pretende que los penados por delitos graves permanezcan en prisión, por lo menos 2 años y medio.

No obstante, hay que decir que el legislador, para adecuar la legislación a las circunstancias particulares de algunas personas, ha previsto la posibilidad de que el Juez de Vigilancia exceptúe la aplicación de este período de seguridad, aunque nunca para el caso de terroristas o miembros de organizaciones criminales, de tal modo que se pueda seguir el régimen general del cumplimiento, esto es, que se pueda clasificar al recluso directamente en tercer grado, sin necesidad de haber cumplido la mitad de la condena. Así lo dispone el **párrafo 2º del apartado 2º del art. 36 CP**: «El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución

del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento».

2. En segundo lugar, la LO 7/2003 también modificó la LOGP y añadió dos nuevos **apartados, el 5 y el 6, al art. 72**<sup>427</sup>. En virtud de esta reforma, que por cierto tiene un régimen transitorio muy discutible, pues opta por el criterio del *tempus regit actum*, en vez del constitucional de la irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales<sup>428</sup>, para la clasificación o progresión al tercer grado será preciso que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito. Singularmente –se dice–, esta norma se aplicará a los condenados por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas, por delitos contra los derechos de los trabajadores, por delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, y por algún delito de los comprendidos en los Caps. V a IX del Tít. XIX del CP, esto es, por cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, o

427. Sobre esta modificación, véase, entre otros, RÍOS MARTÍN, «Reflexiones sobre la Ley 7/2003: el incremento de la violencia punitiva», RDPC n° extraord. 2 (2004), 101 ss., en particular 125 ss., quien valora la exigencia de la satisfacción de la responsabilidad civil desproporcionada y contraproducente para la recuperación personal del penado. “Salvaguardar los intereses de la víctima –dice– tiene caminos diferentes del enfrentamiento con los intereses legales del infractor basados en su recuperación personal y el acceso a los diferentes grados de clasificación” (131).

428. **DT Única LO 7/2003**: Lo dispuesto, conforme a esta Ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena.

Sobre el régimen transitorio de esta Ley, véase, entre otros, LEIVA TAPIA, «Retroactividad de la Ley Orgánica 7/2003, de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas», AJA n° 648 (9 diciembre 2004), 1 ss.

negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función (**art. 72.5 LOGP**).

Para el caso de las personas condenadas por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, además de haber cumplido el período de seguridad y de haber satisfecho las responsabilidades civiles derivadas de la comisión del delito, será requisito necesario para su clasificación en tercer grado mostrar signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, por ejemplo, mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades o mediante una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, y además debe haber colaborado activamente con las autoridades en la persecución de estos delitos (**art. 72.6 LOGP**).

3. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, a tenor de lo dispuesto en el **art. 89.1 CP**, los extranjeros no residentes legalmente en España que hayan sido condenados a una pena de prisión igual o superior a seis años y que accedan al tercer grado *serán expulsados del territorio nacional*, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, se aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español [*supra* § 13.2.a).2].

### c) Clasificación en primer grado

De conformidad con lo dispuesto en el art. 10 LOGP, se clasificarán en **primer grado** a los «penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto». El **art. 102.5 RgtoP** concreta los criterios que habrán de ser tenidos en cuenta a la hora de clasificar a un interno en primer grado<sup>429</sup>.

429. Según este artículo, «se clasificarán en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, ponderando la concurrencia de factores tales como:

- a) Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial.
- b) Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos.
- c) Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no mues-

A los penados clasificados en primer grado les será de aplicación el régimen cerrado (**arts. 74.3 y 89 RgtoP**), que se caracteriza por «una limitación de las actividades en común y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos» (**arts. 10.3 LOGP y 90 RgtoP**).

Dentro del régimen cerrado se establecen dos modalidades en el sistema de vida, según que los internos sean destinados a Centros o módulos de régimen cerrado o a departamentos especiales. A los Centros o módulos de régimen cerrado serán destinados aquellos penados clasificados en primer grado que muestren una manifiesta inadaptación a los regímenes comunes; y a los departamentos especiales se destinarán aquellos penados clasificados en primer grado que hayan sido protagonistas o inductores de alteraciones regimentales muy graves, que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, autoridades, otros internos o personas ajenas a la Institución, tanto dentro como fuera de los Establecimientos y en las que se evidencie una peligrosidad extrema (**art. 91 RgtoP**).

Estos son los presos más peligrosos y a ellos se les aplicará el régimen penitenciario más severo, si bien ninguno de estos dos supuestos podrá conllevar limitaciones regimentales iguales o superiores a las fijadas para el régimen de cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda (**art. 90.2 RgtoP**).

El régimen de los módulos o centros cerrados supone que los internos disfrutará, como mínimo de cuatro horas diarias de vida en común, pudiéndose ampliar hasta tres horas más para la realización de actividades previamente programadas. El número de internos que, de forma conjunta, pueden realizar actividades en grupo, será, por regla general, de cinco (**art. 94 RgtoP**).

---

tren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas.

- d) Participación activa en motines, plantes, agresiones físicas, amenazas o coacciones.
- e) Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo.
- f) Introducción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico».

El régimen de los departamentos especiales es aún más severo<sup>430</sup>, y los internos disfrutarán, como mínimo, de tres horas diarias de salida al patio, pudiéndose ampliar hasta tres horas más para la realización de actividades previamente programadas. Diariamente se practicará un registro de las celdas y cacheo de los internos, e incluso podrá recurrirse al desnudo integral si se sospecha que el interno posee objetos prohibidos. En las salidas al patio no podrán permanecer, en ningún caso, más de dos internos juntos, pudiéndose aumentar hasta un máximo de cinco para la ejecución de actividades programadas (**art. 93 RgtoP**).

## § 35. Establecimientos penitenciarios

Uno de los pilares fundamentales sobre el que se asienta cualquier sistema penitenciario es el constituido por los establecimientos penitenciarios: cárceles, prisiones, presidios, penitenciarías, casas de corrección, reformatorios, etc. Los establecimientos penitenciarios son los centros o lugares donde se desarrolla la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad.

En nuestro sistema penitenciario vigente hay establecimientos de muy diversos tipos, que pueden estar formados por diversas «unidades, módulos y departamentos» para facilitar la distribución y separación de los internos. Los establecimientos se clasifican en función del régimen específico que se aplica en su interior de acuerdo con la finalidad de los mismos. Según el **art. 7 LOGP**, y sin perjuicio de poder prever establecimientos polivalentes (art. 12 RgtoP), «los establecimientos penitenciarios pueden ser de tres clases: a) Establecimientos de preventivos; b) Establecimientos de cumplimiento de penas; y c) Establecimientos especiales».

430. Véase, entre otros, BRANDARIZ GARCÍA, «Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: Departamentos especiales y F.I.E.S.-I (CD)», EPC t. XXIII (2002), 7 ss.

## 1. Establecimientos de preventivos

Según el **art. 8 LOGP**, los establecimientos de preventivos, que son de ámbito provincial, «son centros destinados a la retención y custodia de detenidos y presos». No son, por tanto, centros de cumplimiento de la pena, pues aún no ha sido dictada sentencia condenatoria firme. No obstante, y por razones de espacio, se establece que también puedan cumplirse penas y medidas en estos establecimientos, pero sólo «cuando el internamiento efectivo pendiente no exceda de seis meses»; y también «cuando no existan establecimientos de preventivos para mujeres y jóvenes, ocuparán en los de hombres departamentos que constituyan unidades con absoluta separación y con organización y régimen propios».

En los establecimientos de preventivos se aplicará el régimen ordinario, a tenor de lo dispuesto en el **art. 74.1 RgtoP**.

## 2. Establecimientos de cumplimiento de penas

Según el **art. 9.1 LOGP**, los establecimientos de cumplimiento son los centros específicamente «destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad». «Se organizarán separadamente para hombres y mujeres y serán de dos tipos: de régimen ordinario y abiertos». No obstante, y en atención a la especial consideración de algunos internos, se han previsto aparte otros dos tipos de establecimiento. Por un lado, los «establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado y departamentos especiales» para penados y preventivos peligrosos (**art. 10 LOGP**); y por otro lado, se ha previsto que los jóvenes cumplan la pena «separadamente de los adultos en establecimientos distintos o, en todo caso, en departamentos separados» (**art. 9.2 LOGP**)<sup>431</sup>.

Se podría decir, por tanto, que la LOGP ha diseñado básicamente cuatro clases de establecimientos de cumplimiento: los establecimientos de régimen

431. «A los efectos de esta Ley, se entiende por jóvenes las personas de uno u otro sexo que no hayan cumplido los veintiún años. Excepcionalmente, y teniendo en cuenta la personalidad del interno, podrán permanecer en centros destinados a jóvenes quienes, habiendo cumplido veintiún años, no hayan alcanzado los veinticinco» (**art. 9.2 LOGP**).

cerrado, los de régimen ordinario, los de régimen abierto y los de jóvenes. No obstante, a ellos habría que añadir todavía uno más, creado específicamente por el RgtoP/1996, aunque con cierto apoyo en el art. 16 a) LOGP, que serían los Establecimientos o Departamentos Mixtos de hombres y mujeres.

### a) *Establecimientos de régimen cerrado*

El régimen penitenciario de vida regulado conforme a lo establecido en el art. 10 LOGP, esto es, el régimen cerrado, «se cumplirá en Centros o módulos de régimen cerrado o en departamentos especiales ubicados en Centros de regímenes comunes, con absoluta separación del resto de la población reclusa» (**art. 90.1 RgtoP**). A los Centros o módulos de régimen cerrado serán destinados aquellos penados clasificados en primer grado que muestren una manifiesta inadaptación a los regímenes comunes; y a los departamentos especiales se destinarán aquellos penados clasificados en primer grado [*supra* § 34.2.c)].

### b) *Establecimientos de régimen ordinario*

A los establecimientos de régimen ordinario serán destinados los penados clasificados en segundo grado, bien por clasificación inicial, bien por progresión del primer grado o regresión del tercer grado. Estos establecimientos vienen a ser un “cajón de sastre”, en los que tienen cabida todos aquellos reclusos que no estén clasificados en primer grado o tercer grado de tratamiento. Por ello, debería ser preciso, lo cual no siempre es así, contar con un número suficiente de unidades de clasificación a efectos de poder separar adecuadamente unos presos de otros, porque aunque todos ellos estén clasificados en segundo grado, sin embargo, no todos presentan las mismas características. Por poner algunos ejemplos, no sería conveniente mezclar a presos condenados a penas de larga duración con otros de menor duración, o a presos toxicodependientes con los que no lo son, o a delincuentes primarios con los que son reincidentes, etc.

«En los Establecimientos de régimen ordinario los principios de seguridad, orden y disciplina tendrán su razón de ser y su límite en el logro de un convivencia ordenada» (**art. 76.1 RgtoP**); y «el trabajo y la formación

tendrán la consideración de actividad básica en la vida del Centro» (**art. 76.3 RgtoP**).

El consejo de Dirección aprobará y dará a conocer entre la población reclusa el horario que debe regir en el Centro, señalando las actividades obligatorias para todos y aquellas otras de carácter optativo y de libre elección por parte de los internos. En cualquier caso, se garantizarán ocho horas de descanso nocturno, un mínimo de dos horas para que el interno pueda dedicarlas a asuntos propios y tiempo suficiente para atender a las actividades culturales y terapéuticas y a los contactos con el mundo exterior. También se fomentará la participación de los internos en las actividades de los establecimientos, previendo a tal efecto una serie de Comisiones elegidas por sufragio entre los internos.

### *c) Establecimientos de régimen abierto*

A los establecimientos de régimen abierto se puede decir, con carácter general, que están destinados los penados clasificados en tercer grado. Sin embargo, como veremos a continuación, en algunos establecimientos de régimen abierto se encuentran también otro tipo de internos.

El **art. 80 RgtoP** dispone que los Establecimientos de régimen abierto pueden ser de tres clases:

#### *i. Centros Abiertos o de Inserción Social*

«El Centro Abierto es un Establecimiento penitenciario dedicado a internos clasificados en tercer grado de tratamiento». No obstante, a esta primera finalidad se le han añadido otras funciones, según lo dispuesto en el **art. 163 RgtoP**. «Los Centros de Inserción social –se dice– son Establecimientos penitenciarios destinados al cumplimiento de penas privativas de libertad en régimen abierto y de las penas de arresto de fin de semana, así como al seguimiento de cuantas penas no privativas de libertad se establezcan en la legislación penal y cuya ejecución se atribuya a los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior [hoy Ministerio del Interior] u órgano autonómico competente [por ejemplo, el Conseller de

Justicia de la Generalitat de Cataluña]. También se dedicarán al seguimiento de los liberados condicionales que tengan adscritos».

Por tanto, en estos centros no sólo se encuentran presos en régimen abierto, sino también reos que cumplen la pena de arresto de fin de semana, cuyo régimen de cumplimiento no coincide con el abierto o de tercer grado [*supra* § 10].

#### ii. Secciones Abiertas

«La Sección Abierta depende administrativamente de un Establecimiento penitenciario polivalente, del que constituye la parte destinada a internos clasificados en tercer grado de tratamiento».

#### iii. Unidades Dependientes

«Las Unidades Dependientes consisten en instalaciones residenciales situadas fuera de los recintos penitenciarios e incorporadas funcionalmente a la Administración Penitenciaria, mediante la colaboración de entidades públicas o privadas, para facilitar el logro de objetivos específicos de tratamiento penitenciario de internos clasificados en tercer grado». Las Unidades Dependientes se encuentran reguladas en los **arts. 165 a 167 RgtoP**.

#### d) *Establecimientos y departamentos para jóvenes*

A diferencia de lo que señala la LOGP, que habla de establecimientos y departamentos para jóvenes, el RgtoP tan sólo se refiere a departamentos para jóvenes (**arts. 173 ss. RgtoP**). A estos departamentos estarán destinados los internos menores de 21 años, y excepcionalmente los que no hayan alcanzado los 25 años de edad. El régimen de vida de estos departamentos se caracteriza por una acción educativa intensa, potenciando y desarrollando sus capacidades por medio de técnicas compensatorias que les ayuden a mejorar sus conocimientos y capacidades, de modo que se incrementen sus oportunidades de reinserción en la sociedad. En la medida de lo posible, se fomentará el contacto del interno con su entorno social, utilizando al

máximo los recursos existentes y procurando la participación de las instituciones comunitarias en la vida del departamento<sup>432</sup>.

### e) *Establecimientos o departamentos mixtos*

Generalmente, los hombres y las mujeres deberán estar separados unos de otros. Sin embargo, con carácter excepcional, como reconoce la propia LOGP [art. 16 a)] y siempre con el consentimiento de los mismos, se podrán establecer, con el fin de ejecutar programas específicos de tratamiento o para evitar la desestructuración familiar, Centros o Departamentos Mixtos donde indistintamente puedan ser destinados hombres y mujeres (**art. 168 RgtoP**). No podrán ser destinados a estos departamentos mixtos los internos condenados por delitos contra la libertad sexual (**art. 169.2 RgtoP**), y en todo caso, salvo que razones de tratamiento, clasificación, seguridad o buen orden del Establecimiento lo hagan desaconsejable, se fomentará la plena convivencia de los cónyuges que se encuentren privados de libertad (**art. 172 RgtoP**).

## 3. Establecimientos especiales

Según el **art. 11 LOGP**, «los establecimientos especiales son aquellos en los que prevalece el carácter asistencial y serán de los siguientes tipos: a) Centros hospitalarios; b) Centros psiquiátricos; y c) Centros de rehabilitación social, para la ejecución de medidas penales, de conformidad con la legislación vigente en esta materia».

432. En estos departamentos se desarrollarán cinco programas fundamentales: 1) De formación educativa, que permita compensar una formación deficiente del interno y que además le permita acceder a todos los niveles de enseñanza; 2) De formación laboral para poder incorporarse al mercado de trabajo, y que comprende tanto la formación inicial, como la reconversión o el perfeccionamiento de conocimientos que ya tuviese; 3) De formación para el ocio y la cultura que pretenda el aprovechamiento del tiempo libre; 4) De educación física, que permita mejorar el estado de su organismo y liberar tensiones físicas y psicológicas; 5) De intervención dirigido a aquellas problemáticas de tipo psicosocial, de drogodependencias o de otro tipo que dificulten la integración social de los internos.

A estos centros estarán destinados principalmente aquellos condenados a medidas de seguridad privativas de libertad (*infra* § 38).

## § 36. El régimen abierto

### 1. Caracterización y principios que lo inspiran

El sistema progresivo se caracteriza, como hemos visto, por dividir el cumplimiento de la pena privativa de libertad en diversas fases o grados, en cada uno de los cuales se va acentuando el número de privilegios y ventajas de que puede disfrutar el recluso, en función de su buena conducta.

Una de estas fases o grados está encaminada a preparar al recluso para la vuelta a la sociedad, y en ella se fomentan las relaciones con el exterior, en forma de salidas, permisos, etc. Este período es denominado de confianza o de pre-libertad, y en él rige el régimen penitenciario menos rígido: el **régimen abierto**.

El régimen abierto se aplica a los penados clasificados en tercer grado que puedan continuar su tratamiento en régimen de semilibertad (**art. 74.2 RgtoP**). Estos penados serán destinados a uno de los Establecimientos de régimen abierto que hemos visto que existen: Centros abiertos o de Inserción Social, Secciones abiertas, y Unidades dependientes.

El régimen que se aplica en estos establecimientos es el menos severo de todos. Con carácter general, su régimen de vida será el necesario para lograr una convivencia normal, pero disminuyendo al mínimo los controles y la vigilancia, en función del principio de confianza en el interno en que se inspira el funcionamiento de estos establecimientos (**art. 81 RgtoP**). No obstante, excepcionalmente se podrá establecer un régimen abierto restringido (**art. 82 RgtoP**).

La actividad penitenciaria en régimen abierto tiene por objeto principal potenciar las capacidades de inserción social de los penados clasificados en tercer grado y estará regida por cinco principios generales (**art. 83 RgtoP**):

- a) Atenuación de las medidas de control.
- b) Autorresponsabilidad, mediante el estímulo de la participación de los internos en la organización de las actividades.
- c) Normalización social e integración.
- d) Prevención para tratar de evitar la desestructuración familiar y social.
- e) Coordinación entre organismos e instituciones públicas o privadas que actúen en la atención y reinserción de los reclusos.

## 2. Las salidas del Centro

El régimen abierto o de semilibertad se caracteriza por que los internos pueden salir a menudo de los Establecimientos para desarrollar las actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo, que faciliten su integración social. Se distinguen dos tipos de salidas: las salidas programadas y las salidas de fin de semana.

### a) *Salidas programadas. Particular referencia a los controles telemáticos*

En las salidas programadas, con carácter general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento. Sin embargo, es posible, cuando haya sido aceptado por el interno, que no tenga que volver al Establecimiento penitenciario pero sometiéndose a un control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente (**art. 86.4 RgtoP**).

Esta monitorización electrónica es una medida que cuenta ya con un importante bagaje en el Derecho comparado<sup>433</sup>. En Gran Bretaña la expe-

433. Sobre este control electrónico, véanse, entre otros, ESCOBAR MARULANDA, «Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)», en CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, 199 ss.; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *Sistema penitenciario y revolu-*

riencia se ha centrado, fundamentalmente, en el ámbito de la libertad provisional, y la primera experiencia tuvo lugar en Nottingham en 1989. En EEUU la experiencia es algo anterior y se refiere al ámbito de los penados. Ya en 1969 la Universidad de Harvard patentó diversos sistemas de control electrónico; y la primera experiencia se atribuye al Juez Jack Love de Albuquerque (New Mexico), quien aplicó el sistema de control electrónico en el campo de la delincuencia juvenil, habiéndose inspirado, se dice, en un cómic de Spiderman. El primer intento entre adultos se produjo en Palm Beach (Florida) en diciembre de 1984, y desde entonces se ha extendido por todo el territorio estadounidense muy rápidamente: en febrero de 1988 ya había 33 estado con programas de arrestos domiciliarios con control electrónico.

Hoy en día este sistema del “grillete electrónico” se utiliza no sólo en estos países, sino también en numerosos países como Australia, Canadá, los Países Bajos, Suiza, Suecia, Israel, Singapur, entre otros.

En España llama la atención la repentina incorporación, sin apenas reflexión y valoración de ningún tipo. Ha aparecido en 1996, con la aprobación del RgtoP, sin apenas debate previo, y se ha puesto en marcha en diciembre de 2001<sup>434</sup>. Además, hay que tener en cuenta que la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha introducido la posibilidad de adoptar controles telemáticos para vigilar el cumplimiento de las penas restrictivas de derechos del art. 48 [*supra* § 16.3.f).1]. Con respecto a la pena de localización permanente mostramos todavía nuestra cautela (*supra* § 11.1).

---

*ción telemática: ¿El fin de los muros en las cárceles?*, Ed. Slovento, Madrid, 2005; PARÉS I GALLÉS, «Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro», PJ 46 (1997), 259 ss.

434. Este sistema se empezó a emplear oficialmente el 17 de diciembre de 2001, en que tres presos del Centro Penitenciario de Bilbao se pusieron la pulsera electrónica, aunque ya se había ensayado con anterioridad en otros lugares. Nueve meses después, en septiembre de 2002, 275 internos de tercer grado habían pasado por ese programa. La empresa que ganó el concurso de adjudicación del sistema de vigilancia electrónica es una empresa israelí, llamada *Elmo Tech*. Las personas que llevan el brazalete transmisor son de muy diversas clases: condenados por delitos de tráfico de droga, estafa, robo, cohecho o falsificación documental; asimismo son de condiciones sociales muy distintas: amas de casa, toxicómanos, abogados en ejercicio, directivos con chófer a la puerta, oficinistas, etc.

Las ventajas de esta forma de régimen penitenciario son, a nuestro juicio, mayores que sus inconvenientes<sup>435</sup>. Sin embargo, el brazalete electrónico también puede ser objeto de algunas críticas. Uno de los requisitos que se suele exigir para que pueda aplicarse el control electrónico es que el condenado tenga una vivienda conectada a la luz y al teléfono, y que además pague los recibos correspondientes. Precisamente debido a esto, una de las principales críticas que se formula a la vigilancia electrónica es su carácter discriminatorio. Sólo personas con un cierto nivel económico van a ser quienes puedan disfrutar de esta alternativa a la cárcel.

### b) *Salidas de fin de semana*

En cuanto a las salidas de fin de semana que se aplican en el régimen abierto, con carácter general, los internos podrán salir del Centro penitenciario desde las 16 horas del viernes hasta las 8 horas del lunes, pudiendo disfrutar también de salidas los días festivos establecidos en el calendario oficial de la localidad donde esté situado el Establecimiento. Cuando los días festivos sean consecutivos al fin de semana, la salida se ampliará en veinticuatro horas por cada día festivo.

## 3. Régimen de los Centros de Inserción Social

Especial atención merece también el régimen de los llamados CIS (Centros de Inserción Social). A tenor de lo dispuesto en el **art. 164 RgtoP**, el funcionamiento de estos Centros estará basado en el principio de confianza en el interno y en la aceptación voluntaria por el mismo de los programas de tratamiento; y los principios rectores de su actividad son: la integración y la coordinación. *Integración*, facilitando la participación plena del interno en la vida familiar, social y laboral y proporcionando la atención que precise a través de los servicios generales buscando su inserción en el entorno familiar y social adecuado. *Coordinación*, con cuantos organismos e instituciones públicas y privadas actúen en la atención y reinserción de los

435. Véanse las consideraciones que hicimos más arriba con respecto a la pena de localización permanente (*supra* § 11.2).

internos, prestando especial atención a la utilización de los recursos sociales externos, particularmente en materia de sanidad, educación, acción formativa y trabajo.

## § 37. La libertad condicional

### 1. Concepto y naturaleza

La libertad condicional, como su propio nombre indica, es la anticipación de la excarcelación del penado para que cumpla fuera de la prisión la última fase de la condena<sup>436</sup>. Durante su cumplimiento el liberado continuará extinguiendo su condena, hasta la extinción total de la misma, si bien lo hará fuera del establecimiento penitenciario.

La libertad condicional o libertad anticipada es una institución que encuentra sus orígenes en los sistemas progresivos de ejecución de las penas privativas de libertad, viniendo a constituir la última fase de cumplimiento dentro de estos sistemas. El RD de 3 de junio de 1901 dividía la pena privativa de libertad en cuatro períodos, siendo el último el «de gracias y recompensas», que se obtenía mediante indulto. Este sistema estuvo vigente hasta que se instauró la figura de la libertad condicional por Ley de 23 de julio de 1914. Posteriormente sería regulada en los CCPP de 1928, de 1932 y de 1944<sup>437</sup>.

En la actualidad la libertad condicional se encuentra regulada en diversos textos normativos: en el CP (arts. 90 ss.), en la LOGP (art. 72) y en el RgtoP (arts. 192 ss.). Esta dispersa regulación, además de los problemas de interpretación que pueda plantear, hace surgir algunas dudas acerca de

436. Véase al respecto, por todos, VEGA ALOCÉN, *La libertad condicional en el derecho español*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

437. Sobre la evolución legislativa de la libertad condicional, véase, por todos, GURDIEL SIERRA, *Aproximación histórica a la progresión legislativa de la libertad condicional en España*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1990.

su naturaleza jurídica. Por un lado, su regulación dentro de la LOGP y del RgtoP estaría indicando que se trata de una fase de cumplimiento de la pena privativa de libertad. Por otro lado, en cambio, la regulación del CP al incluirla dentro de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad (Secc. 3ª del Cap. III del Tít. III del Lib. I), parecería indicar que tiene un carácter de sustitutivo de la ejecución de penas privativas de libertad.

Entendemos que a pesar de encontrarse regulada en el CP (arts. 90 ss.) dentro de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, la libertad condicional en realidad no es un sustitutivo de la pena de privación de libertad, sino la última fase de cumplimiento de esta pena en el sistema progresivo. El **art. 72.1 LOGP** es bastante claro a este respecto: «Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional conforme determina el Código penal». Pero también de la propia regulación del CP se puede deducir esta naturaleza, pues el **art. 93.1 CP** establece que «el período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena», y además, si se revocare la libertad condicional «el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad». Por el contrario, durante el período de suspensión de la condena no se cumple la pena, y por lo tanto, su revocación comporta que se tenga que cumplir por completo (**art. 85.1 CP**). La libertad condicional, por tanto, no evita que se ingrese inicialmente en un Establecimiento penitenciario, lo único que impide es que se permanezca durante todo el tiempo de la condena privado de libertad.

No obstante, también hay que reconocer que existen algunos aspectos que aproximan esta institución a los sustitutivos penales. Por ejemplo, al igual que en la suspensión, la libertad condicional está sujeta a que el liberado no delinca durante el tiempo que falte para cumplir su condena, y asimismo existe también la posibilidad de establecer determinadas reglas de conducta. Sin embargo, por lo dicho anteriormente creo que ello no es motivo suficiente para considerar la libertad condicional como un sustitutivo, por mucho que suponga la excarcelación del penado. La libertad condicional va extinguiendo la condena. La suspensión no.

Por otro lado, y también en relación con su naturaleza, hoy en día, a diferencia de lo que sucedía en sus orígenes, que era considerada como un acto de gracia, la libertad condicional constituye un derecho subjetivo del penado, de tal modo que éste si reúne todos los requisitos previstos en la ley para obtener dicha libertad, su concesión es obligatoria<sup>438</sup>. En cambio, la suspensión es potestativa (art. 80 CP).

## 2. Presupuesto para su concesión: que se esté cumpliendo una pena privativa de libertad

El **art. 90 CP** establece los requisitos necesarios para la concesión de la libertad condicional. Como hemos señalado, parece que si se reúnen todos los requisitos previstos en la Ley, la concesión de la libertad condicional será preceptiva (véase también la redacción del **art. 192 RgtoP** en términos imperativos). El **art. 90.1 CP** comienza diciendo que «se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurran...».

Es importante llamar la atención sobre cómo comienza la regulación de la libertad condicional en el CP. En primer lugar, parece que no se otorga ningún margen de discrecionalidad: si se reúnen los requisitos habrá que conceder la libertad. Y en segundo lugar, la libertad condicional será aplicable a cualquier pena privativa de libertad. Por tanto, ha desaparecido la limitación que existía en el ACP según la cual la libertad condicional sólo era aplicable «a los sentenciados a más de un año de privación de libertad» (art. 98 ACP). Ahora no se contiene esta limitación, por lo que la libertad condicional resulta aplicable tanto a las penas de larga duración como a las

438. Sobre esta cuestión, véase entre otros, VEGA ALOCÉN, «La naturaleza jurídica de la libertad condicional», REP 249 (2002), 171 ss., quien personalmente considera que la libertad condicional es un derecho subjetivo del penado y no un acto de gracia, como originariamente lo fue. En la actualidad, aquella tesis se fundamenta en que la libertad condicional es un beneficio penitenciario, el penado debe cumplir los requisitos del art. 90 CP, la consagración de que los internos tienen derecho a los beneficios penitenciarios reconocidos en la legislación, y por último, la libertad condicional es una institución judicializada, pues su aprobación corresponde a un órgano judicial: el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

cortas. Pero es que además, el art. 90 CP se refiere a la «pena privativa de libertad» sin especificar cuál. Y como sabemos, el **art. 35 CP** dispone que «son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa». En principio, por tanto, la libertad condicional sería aplicable a todas las penas privativas de libertad, lo que sucede es que para el caso de la localización permanente será difícil que se cumpla con el primer requisito para su concesión: estar clasificado en tercer grado<sup>439</sup>. En la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa sería posible pensar en su aplicación, sobre todo si tenemos en cuenta que esta pena puede tener una duración que puede llegar excepcionalmente hasta un año y tres meses, o que también puede ser impuesta junto a otra privativa de libertad (de menos de cuatro años, según el art. 53.3 CP). En estos casos daría tiempo a clasificar al condenado y a poder iniciar un tratamiento, por lo que no veo inconveniente alguno en poder incluir la responsabilidad personal subsidiaria dentro del sistema progresivo de cumplimiento de las penas privativas de libertad.

### 3. Requisitos para su concesión

Los requisitos fijados para conceder la libertad condicional son resumidamente tres: 1) Que el penado se encuentre clasificado en tercer grado; 2) Que haya cumplido un determinado tiempo de la condena (con carácter general las tres cuartas partes); y 3) Que haya observado buena conducta y exista informe final del tratamiento con pronóstico favorable, y que haya satisfecho la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito.

439. Esta razón ha sido la que ha excluido la aplicación de la libertad condicional en la pena de arresto de fin de semana, puesto que en el art. 21 RD 690/1996 expresamente se indicaba que «durante el cumplimiento del arresto los penados no serán clasificados». No obstante, en el caso de cumplimiento de esta pena de forma ininterrumpida podía tener más sentido su aplicación, y de hecho, algún autor sugirió *de lege ferenda* su previsión en la LOGP. En este sentido se pronunció, entre otros, GARCÍA VALDÉS, «Sobre la libertad condicional: dos o tres propuestas de reforma», LH-Cerezo Mir (2002), 1066 ss., quien sugería añadir al art. 72.1 LOGP la siguiente frase: «No obstante, no procederá la clasificación penitenciaria en las penas de arresto de fin de semana, salvo que tal pena se haya convertido en arresto continuado conforme a lo previsto en el Código penal».

Veamos cada uno de ellos por separado.

### a) *Clasificación en tercer grado*

Según el **art. 90.1 CP**, «se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurran las circunstancias siguientes: a) Que se encuentran en el tercer grado de tratamiento penitenciario» (en términos parecidos, también el **art. 192 RgtoP**).

Recordemos que a los clasificados en tercer grado se les aplica el régimen abierto, y que sólo se permitirá este régimen a aquellos internos que estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad (art. 102.4 RgtoP). Al exigir este requisito para la concesión de la libertad condicional se pretende garantizar que el excarcelado no cometa delitos fuera de la cárcel. No obstante, también hay que recordar que no todos los reclusos, pese a que estén capacitados para vivir en semilibertad, van a poder ser clasificados en tercer grado. En virtud de la LO 7/2003, se han introducido dos reformas que inciden directamente sobre la clasificación en tercer grado: el llamado período de seguridad (art. 36.2 CP) y la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito (art. 72.5 y 6 LOGP) [*supra* § 34.2.b).2]. El período de seguridad no afectará, por regla general, a la concesión de la libertad condicional, pues en virtud del segundo de los requisitos se exige haber cumplido un determinado tiempo de la condena, que es superior a la mitad de la misma. De todas formas vamos a hacer algunas precisiones al respecto.

### b) *Que haya extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta*

El segundo requisito que exige el **art. 90.1 CP**, en su **letra b)**, es «que se hayan extinguido las *tres cuartas partes* de la condena impuesta». Esta es la regla general, pero «excepcionalmente» se permite conceder la libertad condicional sin haber cumplido el 75 % de la condena, a tenor de lo dispuesto en el **art. 91 CP** (también en el **art. 205 RgtoP**), basta con haber cumplido tan sólo las *dos terceras partes*, y para el caso de los septuagenarios y de enfermos terminales, según el **art. 92 CP** (también el **art. 196 RgtoP**),

ni siquiera se exige haber cumplido un determinado tiempo de condena. Tanto la regla general como la primera excepción sobrepasan la mitad de la condena, por lo que el período de seguridad previsto en el art. 36 CP no afectará, en principio, a la concesión de la libertad condicional.

### i. El cómputo de los plazos

«Para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena, se tendrán en cuenta –según el **art. 193 RgtoP**– las siguientes normas:

- 1ª. El tiempo de condena que fuera objeto de indulto se rebajará al penado del total de la pena impuesta, a los efectos de aplicar la libertad condicional, procediendo como si se tratase de una nueva pena de inferior duración.
- 2ª. Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total». Esta regla 2ª del cómputo establece lo que se denomina el **principio de unidad de ejecución**, de tal modo que cuando se estén cumpliendo varias penas de modo sucesivo, serán consideradas como una sola pena con una duración equivalente a la suma total de todas ellas, restando los correspondientes indultos parciales que hayan podido concederse.

A efectos del cómputo también hay que tener en cuenta la reforma operada por LO 7/2003, de 30 de junio, que modificó los **arts. 76 y 78 CP**. Si los límites establecidos en el art. 76 no alcanzase la mitad de la suma total de las penas impuestas, el art. 78 CP establece que el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que... *el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refiera a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias [supra § 24.3.a)]*.

Conforme a estas disposiciones, por ejemplo, un terrorista que haya sido condenado a cuatro penas de 30 años cada una (total 120 años), con carácter general no podrá obtener la libertad condicional, porque las tres

cuartas partes del total de la condena quedan por encima de los 40 años de cumplimiento efectivo máximo, que en todo caso resulta aplicable [art. 76.1 d)]. Excepcionalmente, y siempre que haya satisfecho la responsabilidad civil, se haya arrepentido y pedido perdón a las víctimas, y haya colaborado estrechamente con las autoridades en la persecución de estos delitos (requisitos necesarios para obtener el tercer grado penitenciario según el nuevo art. 72.6 LOGP), no podrá obtener el tercer grado hasta transcurridos 32 años de condena, y la libertad condicional hasta 35 años [cuatro quintas y siete octavas partes, respectivamente, del límite máximo de cumplimiento efecto de la condena, a tenor de lo dispuesto en el art. 78.3 a) y b)].

ii. Primera excepción a las tres cuartas partes:  
adelantamiento de la concesión de la libertad condicional

1. La primera excepción a la regla general de haber cumplido las tres cuartas partes se encuentra recogida en el **art. 91.1 CP**, que permite conceder la libertad condicional con haber cumplido sólo las dos terceras partes. Sin embargo, esta posibilidad está sometida a unos requisitos: se debe consultar antes al Ministerio Fiscal, a Instituciones Penitenciarias y a las demás partes, cumplir los otros requisitos del art. 90.1, no haber sido condenado por delitos de terrorismo o en el seno de organizaciones criminales, y haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

Como es sabido, el CP/1995 suprimió la *antigua redención de penas por el trabajo*, que permitía redimir un día de prisión por cada dos días trabajados (art. 100 ACP). La redención se aplicaba de modo prácticamente automático, por lo que la prisión quedaba reducida en la realidad a dos tercios de la impuesta. El actual art. 91.1 CP parece recordar aquella disposición, pues el cumplimiento efectivo queda reducido también en un tercio al poder obtener la libertad condicional transcurridas las dos terceras partes de la condena.

El *fundamento* de esta excepción se encuentra en razones preventivo especiales, pues se considera que el desarrollo continuado de tales actividades representa un signo de resocialización.

2. Esta excepción se puede *adelantar todavía más*, según lo dispuesto en el **art. 91.2 CP**. Este precepto ha previsto, para el caso ya excepcional de ser suficiente haber cumplido las dos terceras partes de la condena, adelantar la concesión de la libertad condicional a razón de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de la condena, si bien esta posibilidad de adelantamiento tiene ciertos *límites*. En primer lugar, tiene que ser acordado por el Juez de Vigilancia a propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio fiscal y de las demás partes. En segundo lugar, se tienen que cumplir los otros requisitos del art. 90.1. En tercer lugar, no puede tratarse de una condena por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Y en cuarto lugar, se establece, a mi juicio innecesariamente, que «el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional...».

Este último requisito referente a haber cumplido la mitad de la condena es innecesario por lo siguiente. Se podría decir que resulta innecesario, porque el período de seguridad previsto en el art. 36.2 CP impediría ya la concesión de la libertad condicional, dado que el penado no podría ser clasificado en tercer grado antes de haber cumplido la mitad de la condena. Conforme a ello, este penado no reuniría el primero de los requisitos previstos en el art. 90.1 CP que es estar clasificado en tercer grado. Sin embargo, este argumento no es suficiente para negar la innecesariedad de tal previsión. En primer lugar, recordemos que excepcionalmente también se puede prescindir del período de seguridad (párr. 2º del art. 36.2 CP). Y en segundo lugar, que dicha limitación opera únicamente cuando la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años. Por lo tanto, para penas (o la suma de varias) inferiores a cinco años, no sería descartable la hipótesis de adelantar la libertad condicional por debajo de la mitad de la condena. Sin embargo, esta hipótesis es irreal.

El argumento que a mi juicio hace innecesaria la mención de haber cumplido efectivamente más de la mitad de la condena es puramente de signo matemático. Por mucho que se quiera adelantar la concesión de la libertad condicional, **matemáticamente, resulta imposible**. La *ratio* empleada (por cada año se adelanta noventa días = 1 : 0,25) hace totalmente

imposible que la condena se acorte por debajo de la mitad del máximo de cumplimiento efectivo.

Quizás expresándolo con signos matemáticos se entienda mejor lo que quiero decir. Si aplicamos la *ratio* de adelantamiento ( $1/4$ ) al requisito de la libertad condicional ( $2/3$ ), nos da que lo máximo que se puede adelantar es  $1/6$  de la condena.  $2/3 \cdot 1/4 = 1/6$ . Si restamos lo que se puede adelantar del requisito de los  $2/3$ , resulta que por mucho que se quisiese adelantar siempre se habría cumplido, por lo menos, la mitad de la condena:  $2/3 - 1/6 = 1/2$ .

3. En cuanto a la *ratio* de adelantamiento hay que decir dos cosas. En primer lugar, que como máximo será de  $1/4$ , puesto que se dice «hasta un máximo de noventa días». Pueden ser noventa o menos, con lo cual si la *ratio* fuese todavía menor, el cumplimiento efectivo mínimo superaría siempre la mitad de la condena. Y en segundo lugar, atendiendo a una interpretación literal del artículo, parece que el período de cumplimiento efectivo que permita el adelantamiento de la libertad condicional debe computarse por años enteros, sin que las fracciones den derecho al adelantamiento: «por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena». Mientras que la primera parte de la *ratio* puede variar, la segunda parece que no. *De lege ferenda*, sugeriría que se flexibilizase esta segunda parte de la *ratio* y se permitiese adelantar la libertad condicional con la misma proporción por fracciones inferiores al año.

### iii. Segunda excepción sin limitación temporal: la libertad condicional de septuagenarios y de enfermos terminales

La segunda excepción al requisito general de haber cumplido el 75 % de la condena para obtener la libertad condicional es doble y se encuentra recogida en el **art. 92 CP** (también en el **art. 196 RgtoP**). Según el art. 92.1 CP, «no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, o, en su caso, las dos terceras partes podrán obtener la concesión de la libertad condicional. – El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables».

El *fundamento* de esta excepción se encuentra sobre todo en razones humanitarias<sup>440</sup>. Sin embargo, también es posible advertir una menor necesidad de la pena en estas personas, pues se considera que dichas personas presentan un escaso índice de peligrosidad criminal. Así lo pone de manifiesto el **art. 92.2 CP** [en la redacción dada por la LO 15/2003], según el cual el Juez de Vigilancia tendrá que valorar en la concesión de la libertad condicional «junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto». Por esta razón, es posible que el período de seguridad previsto en el art. 36.2 CP impida la concesión de la libertad anticipada, en el caso de que el anciano o el enfermo presente un elevado índice de peligrosidad criminal. No obstante, el período de seguridad no es absolutamente preceptivo (párr. 2º del art. 36.2 CP), por lo que es posible que un penado mayor de 70 años o que cumpla esa edad durante el cumplimiento de la condena, por razones humanitarias, pueda obtener la libertad condicional antes de haber cumplido la mitad de la misma. En este sentido, el **apart. 3 del art. 92 CP** (introducido por la LO 15/2003) establece que «si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, previa en su caso la progresión de grado, autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior, todo ello sin perjuicio del seguimiento y control previstos por el artículo 75 de la Ley Orgánica General Penitenciaria».

440. Véase, entre otros, ALONSO DE ESCAMILLA, «Clasificación de interno en tercer grado de cumplimiento por razones humanitarias. (Comentario al Auto de 19 de abril de 2004, del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria)», LL-Penal 8 (2004), 107 ss. Se trataba de una solicitud de libertad condicional, por padecer enfermedad grave e incurable, presentada por un miembro de ETA. No se concedió la libertad condicional, pero se permitió clasificarle en tercer grado y acceder al régimen abierto y aplicarle la monitorización electrónica prevista en el art. 86.4 RgtoP.

*c) Que haya observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social*

El tercer requisito que exige el **art. 90.1 CP**, en su **letra c)**, es «que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria».

Por lo que se refiere al requisito de la observancia de buena conducta es posible entender esta expresión, por sí misma ambigua, en términos puramente objetivos, en el sentido de que sería suficiente con la ausencia de faltas y sanciones en el expediente personal del recluso<sup>441</sup>. Y en cuanto al pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, el **art. 67 LOGP** establece que «concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para las concesión de la libertad condicional».

La LO 7/2003, de 30 de junio, sobre el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, ha añadido dos párrafos a esta letra c), en correspondencia con lo establecido también en otros artículos del CP y de la LOGP, concretamente, en el art. 78 CP y en los arts. 72.5 y 6 LOGP. Según esta reforma, para cumplir este tercer requisito será necesario haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, haciéndolo constar en el informe de pronóstico final, y en el caso de condenas por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, además, que el condenado se haya arrepentido, pedido perdón a las víctimas, abandonado la violencia, y haya colaborado estrechamente con las autoridades en la persecución de estos delitos.

441. En este sentido, ya con respecto a la anterior regulación que se refería a la observancia de una «conducta intachable», entre otros, LORENZO SALGADO, «La libertad condicional (circunstancias 3ª y 4ª del art. 98 del Código Penal)», EPC t. II (1978), 299 ss. (310).

## 4. Condiciones de la libertad

La excarcelación está sujeta a una serie de condiciones, de ahí que se denomine a esta institución como libertad condicional. La principal de ellas es que el penado no delinca durante el tiempo que queda hasta la extinción de la pena. Pero el CP ha previsto también, en el **art. 90.2**, la posibilidad de que «el juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, pueda imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código».

Las reglas de conducta previstas en el art. 83 CP son las que el juez puede imponer en caso de suspensión de una pena [*supra* § 13.1.e)].

Las medidas previstas en el art. 96.3 CP son las medidas de seguridad no privativas de libertad, si bien en este caso no podrá considerarse que sean auténticas medidas de seguridad. Si así fuese, esto querría decir que el sujeto se encuentra en un estado de peligrosidad criminal, y por tanto, no se le podría conceder, por definición, la libertad condicional, ya que difícilmente estaría clasificado en tercer grado, ni contaría tampoco con un informe de pronóstico final de carácter favorable. Más bien con esta remisión lo que se está haciendo es que el contenido material de las medidas de seguridad no privativas de libertad se pueda imponer como regla de conducta a seguir durante el tiempo que dure la libertad condicional. De todas formas esta remisión a las medidas de seguridad resulta criticable por la confusión conceptual que genera, y debería haberse evitado.

El art. 90.2 CP antes se remitía a las medidas del art. 105 CP, que son también privativas de libertad, pero la LO 7/2003, con mejor criterio, sustituyó dicha remisión por la actual del art. 96.3 CP. Con la entrada en vigor de la LO 15/2003 se ha dado nueva redacción al art. 96.3 CP, y en él se recoge ahora el catálogo completo de las medidas de seguridad no privativas de libertad, que antes se encontraba disperso en el art. 96.3, por un lado, y en el art. 105, por otro. Ahora se establece en un único precepto el catálogo de las medidas no privativas de libertad: en el art. 96.3; y el art. 105 se limita a establecer la duración que podrán tener las mismas. El art. 96.3 CP (en la redacción dada por la LO 15/2003) prevé una docena de medidas no privativas de libertad [*supra* § 27.3.b).2].

## 5. Procedimiento de la concesión

El expediente de libertad condicional debe iniciarlo la Junta de Tratamiento, y debe hacerlo con la antelación necesaria para que no sufra retraso la concesión de la misma (**art. 194 RgtoP**). A tenor de lo dispuesto en el **art. 195 RgtoP**, en el expediente de libertad condicional deberán constar, en su caso, los siguientes documentos: a) Testimonio de sentencia o sentencias recaídas y de la correspondiente liquidación de condena; b) Certificación acreditativa de los beneficios penitenciarios y de la clasificación en tercer grado; c) Informe pronóstico de integración social emitido por la Junta de Tratamiento; d) Resumen de su situación penal y penitenciaria con indicación de las fechas de prisión continuada y de las de cumplimiento de las dos terceras partes y tres cuartas partes de la condena así como de la fecha de libertad definitiva. Igualmente se indicarán los permisos de salida disfrutados y sus incidencias, así como las sanciones y sus cancelaciones; e) Programa individual de libertad condicional y plan de seguimiento; f) Acta de compromiso de acogida por parte de su familia, persona allegada o instituciones sociales extrapenitenciarias; g) Manifestación del interesado sobre la localidad en que piensa fijar su residencia y sobre si acepta la tutela y control de un miembro de los servicios sociales del Centro; h) Manifestación del interesado sobre el trabajo o medio de vida de que dispondrá al salir en libertad o, en el supuesto de que no disponga, informe de los servicios sociales sobre la posibilidad de trabajo en el exterior<sup>442</sup>; e i) Certificación literal del acta de la Junta de Tratamiento en la que se recoja el acuerdo de iniciación del expediente de libertad condicional, donde, en su caso, se propondrá al Juez de Vigilancia la aplicación de una o varias de las reglas de conducta previstas en el art. 105 CP [tras la LO 7/2003 habrá que entender que se refiere a los arts. 83 y 96.3 CP].

Concluido el expediente, la Junta de Tratamiento lo elevará al Juez de Vigilancia, haciendo constar los certificados e informes necesarios para acreditar la existencia de los requisitos legales y, en su caso, propuesta razonada de autorización de la libertad condicional. En todo caso, el expe-

442. Según el art. 196.3 RgtoP, no será necesario que se presente este documento en el caso de la libertad condicional de septuagenarios o de enfermos terminales.

diente de libertad condicional deberá tener entrada en el Juzgado de Vigilancia antes del cumplimiento del tiempo requerido de condena, debiendo justificarse, en caso contrario, el retraso de su envío (**art. 198 RgtoP**).

Recibido en el Establecimiento penitenciario el auto de libertad condicional del Juez de Vigilancia Penitenciaria, el Director del mismo dará cuenta del mismo a la Junta de Tratamiento y expedirá al libertado condicional certificado acreditativo de su situación. Si el auto se recibiera antes de la fecha de cumplimiento prevista, no se procederá a la excarcelación hasta ese día. Si en el tiempo que medie entre la elevación y la fecha de cumplimiento el penado observase mala conducta, se modificase su pronóstico o se descubriera algún error o inexactitud en los informes aportados al expediente, el Director dará cuenta inmediata al Juez de Vigilancia a fin de que éste adopte la resolución que proceda (**art. 199 RgtoP**).

Una vez en libertad, el excarcelado estará sometido a un seguimiento y control del CIS más próximo al domicilio en que vaya a residir. Este seguimiento se efectuará por los servicios sociales penitenciarios con arreglo a las directrices marcadas por la Junta de Tratamiento correspondiente en un programa individualizado de seguimiento. A este programa se incorporarán también las reglas de conducta que haya impuesto el Juez de Vigilancia (**art. 200 RgtoP**).

## 6. Revocación de la libertad condicional

En relación con las causas de revocación de la libertad condicional, el **art. 93.1 CP** establece que «el período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el grado penitenciario que corresponda<sup>443</sup>, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad».

443. En caso de revocación, según lo dispuesto en el **art. 201.3 RgtoP**, «cuando el interno reingrese en prisión le será de aplicación el régimen ordinario, hasta que por la Junta de Tratamiento se proceda nuevamente a su clasificación».

El art. 93.1 CP cuando se refiere a las causas de revocación de la libertad condicional habla únicamente de la inobservancia de las reglas de conducta impuestas, sin referirse a las medidas de seguridad del art. 96.3. Si interpretamos literalmente el art. 93.1 CP podría surgir alguna duda acerca de si cabe o no revocar la libertad condicional si se incumplen las medidas del art. 96.3 que se hayan impuesto. Sin embargo, conforme a una interpretación lógico-sistemática, poniendo esta disposición en conexión con el art. 90.2 CP y debido a la naturaleza que hemos asignado a estas medidas en el presente caso, que por definición no pueden ser auténticas medidas de seguridad, sino simplemente reglas de conducta cuyo contenido material coincide con las mismas, parece que hay que entender que también la inobservancia de las medidas del art. 96.3 CP que se hayan impuesto como condición de la libertad podrá dar lugar a la revocación de la misma.

La LO 7/2003 ha añadido **dos apartados al art. 93** para el caso de la libertad condicional concedida a terroristas. Como hemos visto, en estos delitos para la obtención de la libertad condicional se exigen especiales requisitos. Pues bien, el legislador ha considerado que si se incumplieran estas condiciones adicionales que permitieron la obtención de la libertad condicional, también serán causa de revocación de la misma. No obstante, hay que llamar la atención sobre la regla especial, muy criticable<sup>444</sup>, contenida en el apartado 3 de este artículo que establece que el terrorista al que se le revocare la libertad condicional tendrá que cumplir de nuevo el tiempo que haya estado en libertad condicional, pero ahora privado de libertad. De este modo, si un terrorista obtiene la libertad condicional después de 35 años (siguiendo el ejemplo que habíamos puesto más arriba), y transcurridos 4 años se le revoca la libertad condicional, la pena que finalmente tendrá que cumplir será de 44 años, pues la libertad condicional es el último grado de ejecución de las penas privativas de libertad (art. 72.1 LOGP).

444. GIMBERNAT ORDEIG, «Prólogo», en *Código Penal*, 9ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004, 19.

## § 38. Ejecución de las medidas de seguridad

Las medidas privativas de libertad, igual que las penas privativas de libertad, suponen el sometimiento del sujeto a un régimen determinado de vida y a una disciplina, lo que hace que las diferencias formales con la ejecución de aquéllas sean mínimas.

Las medidas de seguridad privativas de libertad deberán ejecutarse, de acuerdo con el **art. 11 LOGP**, en «establecimientos especiales», es decir, independientes de los demás establecimientos penitenciarios destinados a la ejecución de penas privativas de libertad. Según el citado precepto, «los establecimientos especiales son aquéllos en los que prevalece el carácter asistencial». Las tres medidas privativas de libertad previstas en el art. 96.2 CP no tienen correspondencia exacta con las clases de establecimientos especiales previstos en el art. 11 LOGP, que distingue entre centros hospitalarios, centros psiquiátricos y centros de rehabilitación social, para la ejecución de medidas penales. En la LOGP no está previsto, por ejemplo, un tipo de centro educativo especial. Esta divergencia, puede subsanarse, sin embargo, de acuerdo con el nuevo RgtoP.

a) La *medida de internamiento en centro psiquiátrico* no está prevista expresamente, con esa denominación, en ninguno de los preceptos del CP. Sin embargo, dicha medida será la adecuada para los sujetos declarados exentos de responsabilidad penal por padecer anomalías o alteraciones psíquicas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20.1 CP, así como para aquéllos a quienes, por la misma causa, les sea aplicada la eximente incompleta (art. 21.1 CP). Los arts. 101 y 104 CP denominan a esta medida «internamiento para tratamiento médico». Dicho internamiento deberá tener lugar en un «establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie» (art. 101).

El RgtoP/1996 establece una regulación de la citada medida en sus arts. 183 ss. Según el **art. 183 RgtoP**: «Los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias son aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes»; y según el **art. 184 RgtoP**: «El ingreso en estos Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias se lle-

vará a cabo en los siguientes casos: a) Los detenidos o presos con patología psiquiátrica...; b) Personas a las que por aplicación de las circunstancias eximentes establecidas en el CP les haya sido aplicada una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario; y c) Penados a los que, por enfermedad mental sobrevenida, se les haya impuesto una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador en aplicación de lo dispuesto en el CP».

La ejecución de la citada medida consiste en la aplicación de un tratamiento psiquiátrico, adecuado a un programa de rehabilitación ajustado al diagnóstico sobre el sujeto, y que está finalmente orientado a la reinserción social de aquél (arts. 185, 186 y 189 RgtoP). Los sujetos sometidos a esta medida son distribuidos y separados en diversos departamentos de acuerdo con sus necesidades asistenciales; su libertad personal se limita a lo que sea necesario en función del estado de salud del paciente o del éxito del tratamiento; y no están sometidos al régimen disciplinario vigente para los establecimientos ordinarios (art. 188 RgtoP). Por otro lado, los pacientes tienen derecho de comunicación y de salidas al exterior en los términos y condiciones que se fijen en el marco del programa individual de rehabilitación (art. 190 RgtoP). Finalmente, el internamiento del paciente está sometido permanentemente al control judicial, por lo que su situación personal debe ser revisada al menos cada seis meses por el Equipo multidisciplinar, que deberá emitir un informe de la misma y de su evolución, del que se dará traslado al Ministerio Fiscal (art. 187 RgtoP).

b) La *medida de internamiento en centro de deshabitación* está prevista en el art. 102 CP para los sujetos declarados exentos de responsabilidad penal por aplicación de la eximente del art. 20.2 CP de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, así como en el art. 104, para los sujetos a quienes se aplique la eximente incompleta correspondiente.

El art. 102 CP requiere que tales establecimientos sean públicos, pero también admite los privados que estén debidamente acreditados u homologados. Los establecimientos privados son fundaciones y sociedades dedicadas al tratamiento y deshabitación de personas adictas a determinadas sustancias,

especialmente de drogodependientes. La LOGP no incluye ninguna mención expresa de este tipo de establecimientos, pero parece que pueden estar comprendidos en el concepto de «centros hospitalarios» [art. 11 a) LOGP].

Ni la LOGP, ni el RgtoP regulan el régimen de esta medida. Únicamente el **art. 182 RgtoP** establece un régimen de internamiento en centro de deshabituación para *penados* clasificados en tercer grado que necesiten un tratamiento específico, pero no para los sujetos a quienes se aplique la medida de seguridad. No obstante, en el **apart. 3 del citado precepto**, se establece que «la Administración Penitenciaria correspondiente celebrará los convenios necesarios con otras Administraciones Públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el CP».

c) La *medida de internamiento en un centro educativo especial* es una medida prevista para sujetos a quienes se haya aplicado tanto la eximente completa o incompleta de anomalías o alteraciones psíquicas (arts. 101 y 104 CP), como la eximente completa o incompleta de alteraciones en la percepción del art. 20.3 (arts. 103 y 104 CP). La ejecución de la citada medida no aparece regulada ni en la LOGP ni en el RgtoP. Con dicha medida se trata de someter al sujeto a un proceso educativo para cubrir su déficit de instrucción.

## § 39. El control jurisdiccional de la ejecución. El Juez de Vigilancia

### 1. Naturaleza jurisdiccional del control de la ejecución

La declaración por parte de la Constitución de que la función de ejecutar las penas y las medidas de seguridad constituye un ejercicio de la potestad jurisdiccional, «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado» (**art. 117.3 CE**), significa que la ejecución de la sanción penal está sometida, como todo, al control jurisdiccional. Esta disposición obliga a que el juez no se desinterese del condenado una vez que pase a depender de las auto-

ridades penitenciarias, por lo que la función de vigilancia penitenciaria no debe ser ajena a la jurisdicción.

Se ha dicho con razón que de las cuatro garantías que comporta el principio de legalidad, la de ejecución ha sido siempre la más descuidada y la menos respetada. Para evitar este desprecio, el **art. 3.2 CP** declara tajantemente que «la ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes». Asimismo, el **art. 990 LECr** dispone que «las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código Penal y en los reglamentos. [...] Los Tribunales ejercerán además las facultades de inspección que las Leyes y reglamentos les atribuyan sobre la manera de cumplirse las penas».

## 2. Órganos de control

Para este fin la LOGP (Tít. V) creó en 1979 la figura del Juez de Vigilancia con el propósito de controlar que la ejecución de la pena privativa de libertad se lleve a cabo conforme a lo dispuesto en la ley<sup>445</sup>. Pero en realidad hay que señalar ya desde un principio dos cosas:

- las funciones del Juez de Vigilancia no se limitan exclusivamente a controlar la ejecución de las penas privativas de libertad;
- tampoco la jurisdicción de vigilancia penitenciaria está formada exclusivamente por los Juzgados de Vigilancia, sino también por todos los tribunales sentenciadores.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria es un órgano judicial unipersonal especializado, incardinado en el orden jurisdiccional penal, compatible con el desempeño de otro órgano del orden jurisdiccional penal, y que por regla general cuenta con una demarcación provincial. No obstante, también es posible que se establezcan juzgados de vigilancia penitenciaria pluriprovinciales (**art. 94.2 LOPJ**) o con una demarcación que no se extienda a toda la provincia (**art. 94.3 LOPJ**). Tiene como funciones jurisdiccionales, las

445. Sobre estos órganos jurisdiccionales, véanse, entre otros, AAVV: *Vigilancia penitenciaria*, Ed. CGPJ, Madrid, 1993; ALONSO DE ESCAMILLA, *El juez de vigilancia penitenciaria*, Ed. Civitas, Madrid, 1984; MARTÍN DÍZ, *El juez de vigilancia penitenciaria. Garante de los derechos de los reclusos*, Ed. Comares, Granada, 2002.

«previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley» (**art. 94.1 LOPJ**).

La LO 5/2003, de 27 de mayo, ha creado los llamados *Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria*<sup>446</sup>, con sede en Madrid, jurisdicción en toda España y con las mismas funciones que con carácter general les corresponde a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, pero «en relación con los delitos competencia de la Audiencia Nacional» (**art. 94.4 LOPJ**).

### 3. Competencia

1. Resumidamente la *función* que le corresponde al Juez de Vigilancia es doble: por un lado, el control judicial de la ejecución de la pena, y por otro lado, el respeto de los derechos e intereses de los penados. Esta doble función se descompone luego en otras.

Hay que decir que en relación con la ejecución de la pena privativa de libertad, le corresponde, conforme a lo dispuesto en el **art. 76.2 LOGP**, las siguientes funciones:

- a) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.
- b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.
- c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.
- d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.

446. Sobre estos nuevos juzgados, véase, entre otros, MARTÍN DÍZ, «Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria. ¿Urgencia, necesidad o idoneidad?», LL 2002-7, 1562 ss.

- e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.
- f) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.
- g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficio penitenciarios de aquéllos.
- h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria recabar para el ejercicio de dicha función el auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado [redacción dada por la LO 5/2003, de 27 de mayo].
- i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.
- j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento.

2. Asimismo el Juez de Vigilancia intervendrá, a tenor de lo dispuesto en **diversos preceptos del CP**, en cuestiones relativas:

- 1) al período de seguridad de la pena de prisión (art. 36.2 CP);
- 2) a la ejecución de la pena de arresto de fin de semana, en lo que aún se siga aplicando (art. 37 CP anterior redacción);
- 3) a la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49.1ª y 6ª CP);
- 4) al abono de la prisión provisional (art. 58 CP);
- 5) a la suspensión de las penas impuestas, sean privativas de libertad o no, por trastorno mental grave (art. 60 CP);
- 6) a los límites máximos de cumplimiento efectivo de la pena de prisión (art. 78 CP);
- 7) a la libertad condicional (arts. 90 ss.);

8) a la ejecución de las medidas de seguridad [arts. 95.1.e), 96.2.6ª, 97, 98, 105.1.e), 105.2.b) CP].

3. A pesar de estas amplias competencias de los Juzgados de Vigilancia, también hay que tener en cuenta que su competencia no es absoluta, sino que hay ciertas parcelas en el control de la ejecución penitenciaria, que son **competencia del Tribunal sentenciador**. Así, por ejemplo:

- i) la refundición de condenas a efectos de aplicar los límites del art. 76 CP (art. 988 LECr), aunque esto es objeto de polémica;
- ii) el licenciamiento definitivo (art. 17.3 LOGP);
- iii) los recursos de apelación y queja frente a las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución. Si se trata de una decisión de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria conocerá la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Disp. Adic. 5ª LOPJ, modificada por las LO 5 y 7/2003)<sup>447</sup>.

## § 40. Asistencia posterior a la ejecución

El cumplimiento de la condena extingue la responsabilidad penal (**art. 130.2º CP**), y en lo que se refiere específicamente a la pena de prisión,

447. Es sobradamente conocida la polémica que llevó al TS, y en la cual no vamos a entrar, ha acordar, en interpretación de lo dispuesto en el art. 82.1.3º LOPJ en relación con el apart. 2 de la Disposición Adicional 5ª de dicha Ley, que “las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria relativas a la clasificación de los penados son recurribles en apelación (y queja) ante el Tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena” (véase el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS de 28 de junio de 2002).

Dicha Disposición Adicional ha previsto también, en su nº 8, la posibilidad de interponer, por parte del Ministerio Fiscal y del letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, «el cual se sustanciará –se establece– conforme a lo prevenido en la LECr para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven». Estas particularidades han sido aclarada a través del Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del TS de 22 de julio de 2004, y siendo aplicadas dichas particularidades por la STS de 30 septiembre 2004. Véase al respecto, DE URBANO CASTRILLO, «Doctrina jurisprudencia sobre el nuevo recurso de casación penitenciaria», AJA nº 643 (4 noviembre 2004).

comporta su licenciamiento definitivo, que requiere la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o de la propuesta de libertad condicional por el Juez de Vigilancia (**art. 17.3 LOGP**). En el primer caso se procede a su excarcelación, en el segundo, al cese del seguimiento y control a que estaba sometido durante el período de libertad condicional.

En el momento de la excarcelación, si el interno careciese de medios económicos, «la Administración penitenciaria le facilitará los necesarios para llegar a su residencia y subvenir a sus primeros gastos» (**art. 30.2 RgtoP**).

Sin embargo, si se pretende cumplir con el mandato constitucional de que las penas privativas de libertad deben estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social del delincuente (art. 25 CE), es preciso que la labor de la Administración penitenciaria no se detenga en el momento de la excarcelación, pues lo cierto es que la pena de prisión sigue produciendo efectos aún después de su cese. Por este motivo, la **LOGP** ha contemplado un Título, el IV, que trata «de la asistencia postpenitenciaria» (**arts. 73 a 75**)<sup>448</sup>. Ahora bien, hay que destacar, que aunque la LOGP se refiera en estos artículos sólo a la asistencia postpenitenciaria, en realidad la labor social de la Administración penitenciaria debe desarrollarse tanto después de la liberación definitiva, como durante el propio cumplimiento de la pena de prisión. Así se dispone, con mayor rigor en este punto, en el Cap. II del Tít. IX del RgtoP (**arts. 227 ss.**), relativo a la «acción social penitenciaria»<sup>449</sup>.

El **art. 73 LOGP** establece que «el condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como

448. Sobre la asistencia post-penitenciaria, véase, entre otros, BUENO ARÚS, «La asistencia social carcelaria y postcarcelaria», CPC 1983, 769 ss.; CARMONA SALGADO, «La asistencia social penitenciaria», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 1984, 157 ss.; «La asistencia postpenitenciaria (arts. 73, 74 y 75)», CLP t. VI vol. 2 (1986), 1055 ss.

449. Concretamente, el **art. 228 RgtoP** dispone expresamente que «la Administración Penitenciaria promoverá la coordinación de los servicios sociales penitenciarios con las redes públicas de asistencia social y fomentará el acceso de los penados clasificados en tercer grado y de los libertados condicionales y definitivos y de sus familiares a las rentas de inserción establecidas por las diferentes Comunidades Autónomas, así como a los restantes servicios sociales y prestaciones de las Administraciones Públicas».

ciudadanos». A estos efectos se ordena que «los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica». Hay que aclarar que no comporta una discriminación jurídica, pues existe causa razonable que justifica el trato diferente, en los casos de reincidencia y de suspensión de la pena (*infra* § 46.1).

Para llevar a cabo dicha labor asistencial, el **art. 74 LOGP** dispone que se cree «la Comisión de Asistencia Social, organismo dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias», que ha sustituido al antiguo Patronato de Nuestra Señora de la Merced, y cuya estructura y funciones han sido reguladas por el RD 1415/1983, de 30 de marzo.

El personal asistencial de dicha Comisión estará constituido –según el **art. 75 LOGP**– por funcionarios con dedicación exclusiva, y colaborarán «de forma permanente con las entidades dedicadas especialmente a la asistencia de los internos y al tratamiento de los excarcelados existentes en el lugar donde radiquen los establecimientos penitenciarios».

## CAPÍTULO X

## Otras consecuencias jurídicas de la infracción penal (I)

Las consecuencias que se derivan de la comisión de un delito no son sólo las penas, sino que la perpetración de un hecho criminal puede acarrear también otro tipo de consecuencias. En realidad, aunque la *pena* sea la más antigua y la más importante de las sanciones que acarrea el delito, sin embargo, no es la única. También, en algunas ocasiones, como hemos visto en anteriores Capítulos, se puede imponer (junto o en lugar de una pena) una *medida de seguridad*.

Pero la comisión de un delito puede conllevar también otro tipo de consecuencias, que, en principio, podemos decir que no son penas ni medidas de seguridad. Son consecuencias de otro tipo: la *responsabilidad civil ex delicto*, las *costas procesales* y las llamadas *consecuencias accesorias*.

El Lib. I del CP contiene una serie de «Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal». Dentro de estas *demás consecuencias de la infracción penal* –distintas, por tanto, de las expresamente mencionadas con anterioridad– el CP se ocupa «de la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales» en el Tít. V (arts. 109 ss.) y «de las consecuencias accesorias» en el Tít.VI (arts. 127 ss.).

Siguiendo el orden en que aparecen en el CP, expondremos primero, en este Capítulo, la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto*, para luego pasar a examinar (*infra* Capítulo XI) las costas y las consecuencias accesorias.

## § 41. La responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito

### 1. Concepto y naturaleza

#### a) *La responsabilidad civil como reparación del daño causado por el delito*

1. Bajo la denominación de “responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito”, u otras parecidas, se suelen reunir diversas formas de reparación admitidas tradicionalmente en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural, como la restitución del objeto, la indemnización económica, o la reparación del daño<sup>450</sup>.

En la actualidad también está cobrando notable importancia la compensación por parte del Estado a las víctimas de determinados delitos<sup>451</sup>.

450. La bibliografía relativa a la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito resulta prácticamente inabarcable. Por citar tan sólo algunas de las monografías más recientes que tratan el tema, véanse, entre otras, las siguientes: AAVV: «La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal», *CDJ* 1994 t. XVIII; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000; QUINTERO OLIVARES (dir.): *La responsabilidad civil 'ex delicto'*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002; ROIG TORRES, *La reparación del daño causado por el delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B.: *El ilícito civil en el Código Penal*, Ed. Comares, Granada, 1997.

451. Por ejemplo, las compensaciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico para las víctimas del terrorismo o para las de delitos violentos y contra la libertad sexual [Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de

Sin embargo, dicha compensación, a nuestro modo de ver, no puede considerarse como verdadera responsabilidad civil, aunque en muchos casos venga a cubrirla y se la declare incompatible con la indemnización debida por el culpable. Hay algunos aspectos de la compensación que la alejan de la responsabilidad civil en sentido estricto, como es el hecho de que corra siempre a cargo de fondos públicos, que en algunos supuestos pueda cobrarse antes de que exista una sentencia judicial firme, o que se limite a los daños derivados de delitos dolosos.

Es cierto que la compensación estatal prevista en las normas antes citadas es una consecuencia jurídica derivada de la comisión de un delito, sin embargo, no se puede decir que dicha consecuencia esté basada en algún tipo de tacha o reproche hacia quien debe satisfacerla, sino que se basa fundamentalmente en razones de equidad. Por este motivo desligamos la compensación de la responsabilidad civil, y no vamos a estudiarla en esta obra<sup>452</sup>.

2. El CP dedica a la responsabilidad civil *ex delicto* básicamente dos Capítulos, el I y el II del Tít. V del Lib. I (arts. 109 a 122), sin perjuicio de tener en cuenta igualmente otras disposiciones comunes relativas a otras consecuencias jurídicas del delito, así como también alguna disposición en el Lib. II prevista para algún delito en particular [como, por ejemplo, los arts. 212 y 216 (para las calumnias e injurias), 227.3 (para el delito de impago de pensiones), 260.3 (para el concurso punible), 272 (para los delitos relativos a la propiedad intelectual), 383 (para los delitos contra la seguridad del tráfico)].

En virtud de lo dispuesto en el **art. 109.1 CP**, «la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados». Así mismo, el **art. 100 LECr** dice que «de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución

---

delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el RD 738/1997, de 23 de marzo); y la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo].

452. Sobre la compensación estatal, véase, por todos, ROIG TORRES, *La reparación del daño causado por el delito*, 325 ss., con ulteriores referencias.

de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible». Es importante llamar la atención sobre el hecho de que este último precepto, no dice que de todo delito o falta nazca siempre una acción civil, sino que «*puede nacer también*».

En efecto, la acción civil nace únicamente cuando se ha producido un daño que haya que reparar. Si no ha habido tal daño, no habrá lugar a una responsabilidad civil. Así lo dispone también el **art. 116.1 CP** cuando condiciona la imposición de la responsabilidad civil a toda persona que sea criminalmente responsable de un delito o falta «*si del hecho se derivaren daños o perjuicios*»<sup>453</sup>. Por eso, aunque sea una denominación comúnmente aceptada, más que de responsabilidad civil *ex delicto*, en puridad, debería hablarse de una responsabilidad *ex damno*<sup>454</sup>.

Por tanto, lo primero que debe resaltarse acerca de la responsabilidad civil, es que es una consecuencia jurídica del delito, pero no siempre que se haya cometido un delito va a haber responsabilidad civil. Ésta sólo se impondrá, puesto que así se ha establecido expresamente por la ley, cuando el delito haya provocado algún daño que deba repararse.

### b) *Naturaleza civil de la reparación del daño*

Concebida en estos términos la responsabilidad civil (como reparación del daño causado por el delito o la falta), la doctrina española, sin embargo, discute acerca de su **naturaleza**. En particular se discute acerca de si debe concebirse como una institución de naturaleza penal, puramente civil, o si tiene más bien una naturaleza mixta<sup>455</sup>.

453. El ACP inducía a error en este punto cuando indicaba que «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta *lo era* también civilmente» (art. 19 ACP).

454. Por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción*<sup>2</sup>, 72.

455. Esta última concepción es muy minoritaria y ha sido sostenida en nuestro país, por ejemplo, por QUINTANO RIPOLLÉS, quien habla de la responsabilidad civil como de una “acción tercera o cuasi criminal” (véase «La acción tercera o cuasi criminal de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito», RDPriv 1946, 935 ss.; *Curso de Derecho penal. Parte general*, t. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, 550).

### i. La pretendida naturaleza penal de la responsabilidad civil ex delicto

En nuestro país ha habido autores que se han pronunciado rotundamente a favor de su naturaleza *penal*<sup>456</sup>, aduciendo fundamentalmente tres argumentos en este sentido, a saber: por su ubicación en el CP, por el hecho de que deriva de la comisión de un delito, y por último, porque cumple con uno de los fines del Derecho penal que es la restauración del orden jurídico perturbado con la infracción. Sin embargo, a nuestro juicio, ninguno de estos argumentos resulta plenamente convincente. Veámoslo.

1. El primer argumento, relativo a la ubicación de la responsabilidad civil *ex delicto* en el CP (arts. 109 ss.), es meramente formal y no puede prejuzgar, de suyo, la naturaleza de la institución. Del mismo modo que la naturaleza procesal o penal de un precepto no se puede deducir de su ubicación en la LECr o en el CP, tampoco la naturaleza de la reparación del daño va a depender de su inserción en el CP o en el CC. Igual que sucede, por ejemplo, con las condiciones objetivas de procedibilidad, que son instituciones de naturaleza procesal, aunque estén ubicadas en el CP (v.gr., el art. 215 CP), la reparación del daño no tiene naturaleza penal por el simple hecho de encontrarse dentro del CP. Esta cuestión deberá ser resuelta, ante todo, atendiendo a razones de tipo sustantivo, relativas al contenido de la institución, más que por la ubicación legal de la misma.

Por lo demás la ubicación de la responsabilidad civil en el CP puede tener una explicación histórica. Como es sabido, el CC no apareció hasta 1889, por lo que, entre tanto, el legislador penal decidió cubrir dicha laguna. Después dicha regulación se mantendría en el CP por inercia<sup>457</sup>. Quizás

456. Como PUIG PEÑA, por ejemplo (véase, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, t. II, 504).

457. Así lo entendió, entre otros, SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, t. II, Ed. Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1903, 240 ss.

Cuestión distinta es si debiera mantenerse todavía hoy en día dentro del CP. A favor de seguir manteniéndola, entre otros, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*<sup>5</sup>, 33, por

debido a la tardía aparición del CC, luego éste se remitió expresamente<sup>458</sup>, a la regulación penal. Sin embargo, esta remisión no debe entenderse como un argumento a favor de su naturaleza penal, pues en el ACP se decía expresamente (y ahora hay que entender implícitamente), que la responsabilidad civil *ex delicto* se extinguiría de igual modo «que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho Civil» (art. 117 ACP). Así pues, parece que estas remisiones internormativas avalan la naturaleza civil de la institución.

2. El segundo argumento para afirmar la naturaleza penal de este instituto se basa en el origen delictivo de la misma. Se alude a una responsabilidad derivada o nacida del delito, por lo que parece que la obligación de reparación debería calificarse como penal o criminal. Sin embargo, parece que en este tema resulta conveniente distinguir dos niveles: por un lado, el hecho en sí, como acontecimiento fáctico, y por otro, el hecho en cuanto acontecimiento jurídico. Desde el punto de vista jurídico, un mismo hecho puede tener relevancia desde diversos ángulos. Así, es posible que el legislador haya tomado en cuenta ese hecho, porque ataca a los bienes jurídicos más importantes del individuo o de la sociedad, y además porque lo hace de una forma especialmente intolerable. Estas circunstancias hacen que ese hecho resulte relevante para el Derecho, porque ataca los cimientos de una convivencia humana pacífica en sociedad, y por estos motivos tal acontecimiento adquiere una dimensión pública o social, que le hace merecedor de la mayor de las respuestas que existen en nuestro ordenamiento jurídico: la pena (y/o la medida de seguridad). Desde este punto de vista, ese hecho sería constitutivo de un ilícito penal.

Pero es posible que, además, ese hecho resulte relevante para el Derecho desde otro punto de vista, desde un ángulo estrictamente privado, es

---

razones de tipo práctico; o MIR PUIG, *Introducción*, 29, más bien por razones de tipo político-criminal.

En contra, entre otros, PANTALEÓN PRIETO, «*Perseverare diabolicum*. (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», JpD 19 (1993), 6 ss.

458. **Art. 1092 CC:** «Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se registrarán por la disposiciones del Código Penal».

decir, únicamente en atención a los efectos que el mismo haya producido entre individuos concretos. Desde este punto de vista, el hecho resultaría relevante para el Derecho, porque no se considera correcto, según las normas de nuestro ordenamiento jurídico, que una persona deba soportar los efectos que produzca la conducta de otra, y por eso se obliga a ésta a restaurar la situación al mismo estado en que se encontraba antes de que tuvieran lugar los acontecimientos, si ello es posible<sup>459</sup>. Conforme a ello, este hecho sería constitutivo de un ilícito civil.

Nuestra legislación, por lo demás, avala este tipo de consideraciones, pues, según se desprende de lo dispuesto en los arts. 109 y 116 CP y 100 LECr, no todo delito da lugar a una responsabilidad civil, sino sólo aquel que produce daños y perjuicios que deban repararse [*supra* § 41.1.a).2].

3. Y como tercer argumento suele aludirse a que la responsabilidad civil cumple con uno de los fines del Derecho penal que es la restauración del orden jurídico perturbado con la infracción. Sin embargo, este argumento tampoco resulta convincente, porque es discutible que el Derecho penal persiga el mencionado fin. A nuestro modo de ver, al Derecho penal le corresponde únicamente, sirviéndose para ello de la pena y de la medida de seguridad, el cometido de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos<sup>460</sup>. Ni más, ni menos. El Derecho penal no tiene una finalidad compensatoria de los males infligidos a las víctimas. Si así fuese, acabarían desapareciendo los límites entre el Derecho civil y el Derecho penal, y en definitiva, el Derecho penal acabaría perdiendo el carácter público que le caracteriza.

ALASTUEY DOBÓN ha realizado un profundo examen del tema y ha llegado a la conclusión, que nosotros compartimos, de que, al no poder satisfacer, ni siquiera parcialmente, ninguno de los fines que tradicionalmente se asig-

459. Según el **art. 1088 CC**: «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa»; a tenor del **art. 1089 CC**: «las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia», y del **art. 1092 CC**, que ya hemos citado, cabe deducir que existen «obligaciones civiles» que nacen de los delitos o faltas.

460. Véase, entre otros muchos autores, LUZÓN PEÑA, «Alcance y función del Derecho penal», ADPCP 1989, 46-47.

nan a la pena (*supra* § 4.4), no es posible que la reparación constituya una sanción penal<sup>461</sup>. A mi modo de ver, la naturaleza penal de la reparación comporta una peligrosa privatización del Derecho penal, que supondría dejar en manos de particulares el *ius puniendi* (*supra* § 3).

Lo dicho no es obstáculo para que en el mismo proceso penal abierto por delito se ventile también la consiguiente responsabilidad civil derivada del mismo. Así se desprende de lo dispuesto en el **art. 109.2 CP**, según el cual «el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil»<sup>462</sup>.

El modelo procesal de acumulación de la acción civil a la penal no se opone a la naturaleza civil de esta institución. Una cosa es la naturaleza de esta responsabilidad y otra el cauce instrumental que se sigue para reclamarla. Es más, hay que tener en cuenta que ante el juez penal no se acumulan todas las posibles acciones civiles derivadas del delito, sino sólo algunas. Concretamente, a tenor de lo dispuesto en los **arts. 110 CP y 100 LECr**, ante la jurisdicción penal únicamente se podrá ejercitar la «acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible». Otras posibles reclamaciones, como pudieran ser, por ejemplo, la impugnación de un testamento por causa de indignidad para suceder del heredero por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, sus descendientes o ascendientes (art. 756 CC), o la disolución del matrimonio por divorcio a causa de haber atentado contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes (art. 86 CC), no se ejercitarán ante la jurisdicción penal, sino ante la civil.

En definitiva, el modelo procesal de acumulación de la acción civil a la penal que existe en nuestro país no sería tampoco obstáculo para sostener la naturaleza civil de la reparación, y su justificación se encuentra en

461. ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, 117 ss.

462. Asimismo, el **art. 108 LECr** dispone que «la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables».

razones de economía procesal y a la vez para favorecer una pronta y eficaz satisfacción de la víctima.

## ii. Carácter civil de la institución

Frente a la opinión que acabamos de exponer, que sostiene el carácter penal de la reparación del daño ocasionado por el delito, la doctrina española dominante considera que esta consecuencia jurídica derivada del delito tiene una naturaleza exclusivamente civil<sup>463</sup>.

Además de los argumentos que ya hemos esgrimido en favor de la naturaleza civil de la esta institución, se podrían añadir también otros. Seguimos en este punto a GONZÁLEZ RUS, quien apoya el carácter civil de esta institución en los siguientes argumentos<sup>464</sup>:

1. No pasaría nada si desapareciese la regulación prevista en el CP sobre la responsabilidad civil, porque lo que éste ha hecho no ha sido sino recoger del Derecho privado los principios generales sobre la responsabilidad derivada de un hecho lesivo. El art. 1089 CC señala como fuentes de las obligaciones: la ley, los contratos, y «los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia»; el art. 1101 CC impone la indemnización de los daños y perjuicios a los que en cumplimiento de sus obligaciones «incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que

463. Véanse, por todos, a modo de ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto de DP*, 58 ss.

No obstante, algún autor ha apuntado la posibilidad de distinguir dos planteamientos: uno conceptual, según el cual parece preferible considerarla de naturaleza civil; y otro político-criminal, según el cual parece más ventajoso incluir en el Derecho penal esa clase de consecuencia jurídica (véase, MIR PUIG, *Introducción*, 29). De todas formas, posteriormente este autor ha matizado su planteamiento y se ha inclinado en favor de una más nítida distinción entre las normas penales y las relativas a la responsabilidad civil. Concretamente la considera “un arma *civil* a utilizar en el tratamiento del delito” (MIR PUIG, *PG*<sup>7</sup>, L. 1/27).

Véase también al respecto, entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «La responsabilidad civil derivada del delito y su controvertida naturaleza», en *De las penas. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, 241 ss.

464. GONZÁLEZ RUS, «El art. 444 del Código penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito», ADPCP 1979, 381 ss., concretamente 390 ss.

de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla»; y el art. 1902 CC establece que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Cualquiera de estos preceptos, según el citado autor, sería base suficiente para apoyar la reclamación de los daños derivados del hecho punible.

Las únicas diferencias entre una y otra se encuentran, por un lado, en el acto ilícito que las genera: en un caso un ilícito civil («actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley», dice el art. 1093 CC), en el otro, un ilícito penal («un hecho descrito por la ley como delito o falta», dice el art. 109.1 CP); y por otro lado, en el cauce procesal en que se sustancian: en el caso de que el hecho ilícito que causa daños está tipificado en el CP, la acción civil puede ejercitarse en el proceso penal, junto con la acción penal.

2. Algunos preceptos del CP que concretan el contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* coinciden con los del CC. Por ejemplo, la restitución prevista en el art. 111 CP coincide con lo previsto en los arts. 348 y 349 CC para la acción reivindicatoria<sup>465</sup>.

3. El que la muerte del culpable extinga la responsabilidad criminal (art. 130.1 CP), pero no, en cambio, la civil, que se puede transmitir a los herederos, como ya hemos señalado, además de demostrar la autonomía de ésta sirve para poner de manifiesto su naturaleza privada. Y lo mismo cabe decir en los supuestos de indulto o de enfermedad mental sobrevinida del inculpado.

4. Podría objetarse a la consideración de su naturaleza civil el hecho de que el art. 1092 CC se remita al CP para las obligaciones civiles «que nazcan de los delitos o faltas», con lo que pudiera parecer que se está excluyendo del campo privado este género de obligaciones. Sin embargo, con independencia de que expresamente se las califica como «civiles» y de que la responsabilidad civil *ex delicto* tenga el mismo contenido que la responsabilidad civil extracontractual, como hemos indicado en el punto 1.,

<sup>465</sup>. Véase también lo dispuesto en los arts. 464, 1955 y 1956 CC.

lo cierto es que la regulación misma del CP se remite también a toda una normativa privada que ha de ser aplicada, como sucede, por ejemplo, en el art. 111.2 CP, cuando establece que la restitución «no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irreivindicable» [*infra* § 41.2.a).2].

### c) *Diferencias entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal derivadas de la comisión de un delito*

La naturaleza civil de la reparación del daño se ve confirmada si se observan las diferencias que existen con la responsabilidad penal.

1. Responsabilidad penal tiene como *presupuesto* el delito o falta. Es cierto que en la responsabilidad civil es necesaria la previa comisión de un delito, sin embargo no resulta suficiente. El delito tiene que producir además un daño resarcible. Así, por ejemplo, los delitos que hayan quedado en grado de tentativa no dan lugar a responsabilidad civil, como tampoco los delitos de peligro.

2. La responsabilidad penal comporta que se imponga una pena y/o una medida de seguridad como *consecuencia* de la previa comisión de un delito o falta. En cambio, la responsabilidad civil entraña la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP).

3. Las consecuencias de la responsabilidad penal tienen como *fundamento* la culpabilidad y/o la peligrosidad criminal postdelictual. Según el principio de culpabilidad, no hay pena sin culpabilidad; y sólo a quien demuestre una probabilidad de delincuencia futura, después de haber cometido un delito y se encuentre en un concreto estado de peligrosidad se le podrá imponer una medida de seguridad. La responsabilidad civil, en cambio, puede imponerse aunque no haya culpabilidad ni peligrosidad criminal, tal y como prevé el art. 118 CP, por ejemplo, pues la responsabilidad civil se impone para reponer la situación al estado anterior, ya que se considera

que alguien se ha enriquecido injustamente a costa del prójimo o bien le ha causado un perjuicio que no tiene por qué soportar.

Conforme a este fundamento, cabe señalar que es posible que delitos con una culpabilidad muy elevada den lugar a una responsabilidad civil de poca entidad, y que, en cambio, delitos con una culpabilidad muy pequeña, o incluso sin culpabilidad alguna, den lugar a una responsabilidad civil muy grande.

4. Debido al fundamento de la responsabilidad penal, ésta tiene un *contenido* estrictamente personal, y por tanto, no puede cumplirse por terceras personas. En cambio, la responsabilidad civil tiene un contenido meramente patrimonial, por lo que se puede satisfacer por terceros. Al no ser personal, la responsabilidad civil puede transmitirse a terceros<sup>466</sup> y tiene carácter solidario entre los intervinientes en el hecho delictivo (art. 116.2 CP).

5. Por último, la responsabilidad penal se diferencia de la responsabilidad civil por los *finés* que persiguen una y otra. La responsabilidad penal tiene como cometido principal prevenir la futura comisión de delitos. La responsabilidad civil, en cambio, pretende remediar el mal ya causado, para restaurar, en la medida de lo posible, el estado de cosas a como estaba antes. La responsabilidad penal tiene fines preventivos; la civil, reparadores.

En el siguiente cuadro se resumen las diferencias entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil:

	Responsabilidad penal	Responsabilidad civil
<i>Presupuesto</i>	Delito o falta	Daño material o moral
<i>Fundamento</i>	Culpabilidad o peligrosidad criminal postdelictual	Enriquecimiento sin causa o perjuicio injusto
<i>Consecuencias</i>	Pena y/o medida de seguridad	Restitución, reparación o indemnización
<i>Contenido</i>	Personal	Patrimonial
<i>Fines</i>	Prevención	Reparación

466. Así estaba previsto expresamente en el art. 105 ACP. El hecho de que el CP vigente no haya recogido una disposición semejante no debe interpretarse, sin embargo, en el sentido de que esta obligación civil deje de ser transmisible a terceros.

#### d) *Algunas influencias de la responsabilidad civil en la penal*

A pesar de las diferencias que existen entre la responsabilidad penal y la civil, no obstante, hay que poner de relieve que ésta también puede tener alguna influencia en aquélla. Así, con el fin de conseguir que la víctima obtenga con mayor facilidad y prontitud la indemnización civil por parte del criminalmente responsable, se han previsto en el Derecho penal una serie de disposiciones que conceden algunos privilegios a dicho responsable si cumple con su obligación civil o si se esfuerza en cumplirla. En este sentido cabe traer a colación:

- la **atenuante de reparación del daño**, que está prevista con carácter general en el art. 21.5ª CP y también específicamente para algunos delitos, como por ejemplo, para los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, según lo dispuesto en el art. 340 CP. Según estas disposiciones la reparación del daño se puede tener en cuenta en el ámbito de medición de la pena como uno de los criterios a tomar en consideración a la hora de concretar la pena;
- en el ámbito de los **sustitutivos de las penas privativas de libertad de corta duración**<sup>467</sup>, la satisfacción de la responsabilidad civil también es tenida en cuenta como requisito para la concesión de la suspensión (art. 81.3 CP) y como criterio para la concesión de la sustitución por otra pena (art. 88 CP);
- así mismo, en el campo de la **ejecución de la pena de prisión**, el haber satisfecho la responsabilidad civil es requisito necesario para ser clasificado en tercer grado (aparts. 5 y 6 del art. 72 LOGP) y también para obtener la concesión de la libertad condicional [art. 90.1 c) CP];
- igualmente, en el caso del **comiso** la satisfacción de la responsabilidad civil se ha previsto como criterio ponderativo para no decretarlo, o decretarlo parcialmente (art. 128 CP);

467. Véase al respecto, con carácter general, entre otros, QUINTERO OLIVARES, «La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena», LH-Fernández Albor (1989), 589 ss.

- e incluso, aun habiendo extinguido la responsabilidad criminal, la satisfacción de la responsabilidad civil es requisito necesario para que se proceda a la **cancelación de antecedentes penales** (art. 136.2.1º CP).

Por otra parte, la responsabilidad civil presenta alguna similitud con la multa proporcional (art. 52 CP), pues el importe de ésta puede determinarse en ocasiones en función del perjuicio causado, igual que aquélla. Sin embargo, no cabe identificar ambas consecuencias jurídicas del delito, aunque las dos sean de carácter pecuniario, porque existen varios aspectos que las separan [*supra* § 18.1.b)].

## 2. Contenido

Según lo dispuesto en el **art. 110 CP**, la responsabilidad civil *ex delicto* comprende:

- «1.º La restitución.
- 2.º La reparación del daño.
- 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales».

Parece que este artículo establece una jerarquía en cuanto al contenido que puede tener la responsabilidad civil. Sin embargo, puesto que hemos considerado que esta obligación tiene carácter privado, rige en este ámbito el principio de autonomía de la voluntad de las partes, por lo que el Juez que deba resolver atenderá, en primer lugar, al acuerdo de las partes, que pueden haber pactado, por ejemplo, sustituir la restitución de la cosa (nº 1) por el abono de una cantidad económica, en concepto de indemnización (nº 3).

Veamos en particular cada una de estas obligaciones en que se concreta la responsabilidad civil *ex delicto*.

### a) *La restitución*

1. El **art. 111 CP** desarrolla lo declarado en el nº 1 del art. 110 CP, y concreta el contenido de la obligación civil consistente en la restitución. Según el **apart. 1 del art. 111 CP**, «deberá restituirse, siempre que sea po-

sible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen».

La definición legal de restitución no coincide, pues, con una acepción vulgar de la misma, como obligación de devolver la cosa a quien la tenía antes. La obligación legal es, por un lado, más extensa que la acepción vulgar, por cuanto que comprende también el abono de los deterioros y menoscabos que determine el juez, pero por otro lado, es también más restringida, por cuanto que la restitución hay que entenderla como una institución reparadora del daño causado por el delito y no como mera devolución de la cosa a quien la tenía antes de cometerse el delito. De lo contrario habría que devolver la cosa al autor de una apropiación indebida, lo cual resulta absurdo. Por eso, la restitución en sentido jurídico quiere decir la entrega al legítimo poseedor o al propietario de la cosa.

El solo abono de los deterioros y menoscabos no constituye restitución, sino que, en realidad, sería más bien un resarcimiento, que entraría en la categoría de la reparación (nº 2) o de la indemnización (nº 3). Por tanto, la restitución del nº 1 resulta una combinación entre la devolución al legítimo poseedor o propietario del bien sustraído, y la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados. Si se hubiese prescindido en el nº 1 de la expresa mención al abono de los deterioros y menoscabos, nada se hubiese perdido, pues se podrían aplicar los otros dos números.

2. La restitución es una forma específica de reparación que pretende dejar intacto, en la medida de lo posible, el patrimonio de la víctima, a diferencia de las otras modalidades de reparación que lo que pretenden es compensar económicamente el daño ocasionado por el hecho delictivo.

Precisamente por ello se explica el hecho de que «la restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe», si bien para que éste no quede totalmente indefenso, el **art. 111.1 in fine CP** aclara que se deja «a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta». Es decir, con carácter general, las cosas sustraídas son reivindicables por su legítimo propietario, incluso aunque hubiesen sido adquiridas posteriormente por un tercero de buena fe.

No obstante, este principio general tiene algunas limitaciones. A tenor de lo dispuesto en el **art. 111.2 CP**, «esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable».

El CCo, el CC y la Ley Hipotecaria contienen una serie de supuestos en los que los bienes resultan irreivindicables. Dichos bienes son:

- las mercancías compradas en tiendas o almacenes abiertos al público (**art. 85 CCo**);
- la moneda en que se verifique el pago de las mercancías compradas al contado en dichos establecimientos (**art. 86 CCo**);
- los efectos cotizables al portador (**art. 324 CCo**);
- los efectos al portador por tercero de buena fe y sin culpa grave (**art. 545 CCo**);
- los bienes adquiridos por usucapión. Según el **art. 1955 CC**, «el dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe.— También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición». Sin embargo, el **párr. 3º del art. 1955 CC** se remite a lo dispuesto en el **art. 464 CC** «en cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida o de que hubiese sido privado ilegalmente, así como respecto a las adquiridas en venta pública, en bolsa, feria o mercado, o de comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos». El **art. 464 CC**, así como el **art. 1956 CC**, impiden al autor del delito y a sus cómplices y encubridores adquirir por prescripción adquisitiva las cosas muebles sustraídas en tanto en cuanto no haya prescrito el delito o falta, su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito o falta. Sin embargo, esto no impide que terceros adquirentes de buena fe puedan adquirir el bien por usucapión, así como las personas responsables criminalmente una vez que prescriba su responsabilidad penal y civil.
- por último, el **art. 34 de la Ley Hipotecaria** protege al tercero de buena fe que adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, una vez que haya inscrito su derecho.

## b) *La reparación del daño*

El **art. 112 CP** desarrolla la obligación prevista en el nº 2 del art. 110 CP. Según dicho precepto, «la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa».

Lo primero que hay que hacer en relación con lo dispuesto en este precepto es delimitarlo con la indemnización de los perjuicios prevista en el artículo siguiente. A este respecto, cabe traer a colación la opinión de ROIG TORRES, quien en una parte de su tesis doctoral, ha estudiado la relación entre estos dos preceptos, y ha sugerido dos interpretaciones posibles. Se puede considerar que la reparación del daño del art. 112 abarca únicamente formas de reparación de carácter específico, con exclusión de la compensación económica, que estaría regulada en el artículo siguiente relativo a la indemnización<sup>468</sup>. O bien se puede entender, como hace ella, y creemos que tiene razón en esta cuestión, que la reparación del art. 112 CP comprende todas las modalidades de subsanación del daño privado, tanto específicas como pecuniarias, de tal forma que la indemnización sería una especie del género de la reparación<sup>469</sup>. De este modo, la «reparación» abarcaría todo tipo de prestaciones, específicas o económicas, y los «daños» se referirían a la lesión de cualesquiera bienes civilmente protegidos, ya fueran cosas corpóreas, bienes personales o intereses patrimoniales. La «indemnización» sería, pues, según esta autora, una forma de reparación que consiste en la compensación económica del daño causado, debiendo entenderse como «perjuicios» los daños que en el caso concreto se reparan en forma pecuniaria.

Por lo que respecta a las modalidades de reparación, el art. 112 CP recoge la clasificación de las obligaciones civiles prevista en el art. 1088 CC, según el cual «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa». Las obligaciones de dar comprenden tanto cosas específicas como bienes fungibles. En relación con algunos delitos el CP ha concretado la

468. Como hace, por ejemplo, ALASTUEY DOBÓN, en *Lecciones*<sup>3</sup>, 541 ss.

469. ROIG TORRES, *La reparación del daño causado por el delito*, 211 ss.

reparación del daño como, por ejemplo, en los arts. 212 y 216 (calumnias e injurias), 227.3 (impago de pensiones), 260.3 (concurso punible), 272 (propiedad intelectual), 383 (seguridad del tráfico).

### c) *La indemnización de los perjuicios causados*

1. Según acabamos de señalar, la reparación del daño prevista en el art. 112 CP es el género de las modalidades de responsabilidad civil, siendo la indemnización prevista en el art. 113 CP una especie de la misma. Conforme a ello, la indemnización se puede definir como la compensación económica de los daños materiales y morales causados por el delito. Siempre que sea posible restaurar la situación jurídica anterior alterada por el delito, se ordenará su restablecimiento en forma específica, y sólo cuando esto no resulte posible, entonces se acudirá a la indemnización pecuniaria.

El **art. 113 CP**, que desarrolla lo dispuesto en el nº 3 del art. 110 CP, dispone que «la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros»<sup>470</sup>.

Pero para que resulten indemnizables tales daños es preciso que se den dos **presupuestos**: 1) que los daños y perjuicios deriven directamente del hecho punible; y 2) que la existencia y la cuantía de las repercusiones económicas deben ser acreditadas por quien reclame su indemnización. No obstante, el TS exime de prueba al perjudicado respecto de aquellos daños que se desprenden naturalmente de los hechos probados.

2. El **objeto de la indemnización**, según declara el **art. 113 CP**, son los perjuicios materiales y morales. La indemnización comprende, por tanto, todos los daños ocasionados por la infracción delictiva. Comprende, por un lado, los «perjuicios materiales», que incluyen la totalidad del menoscabo patrimonial sufrido, tanto el daño emergente como el lucro cesante,

470. Sobre este precepto, véase, entre otros, BONÉ PINA, «La indemnización de perjuicios materiales y morales. Comentario al artículo 113 del nuevo Código Penal», AP 1997, 839 ss.

así como también las lesiones físicas<sup>471</sup>; y por otro lado, los «perjuicios morales». En cuanto a éstos, admitidos por primera vez por la STS de 6 de diciembre de 1912, abarcan la llamada *pecunia doloris*, es decir, el dolor y el sufrimiento psíquico ocasionados por el delito, así como la pérdida de prestigio que el delito pueda reportar, tanto para las personas físicas como para las jurídicas. En consecuencia, los perjuicios morales comprenden todos los daños extrapatrimoniales que no sean físicos, y los perjuicios materiales los daños físicos.

3. El **art. 113 CP** dice que son **sujetos beneficiarios de la indemnización**: el «agraviado», «sus familiares» y «terceros». El concepto de «agraviado» no coincide con el de «perjudicado». El concepto de perjudicado es más amplio que el de agraviado. No todo perjudicado es agraviado, pero sí todo agraviado es perjudicado.

Por *perjudicado* se entiende la persona, tanto física como jurídica, que sufre un daño directo a causa de la infracción. Y por *agraviado* hay que entender el sujeto pasivo del delito, esto es, el titular del bien jurídico afectado, que además es perjudicado. El agraviado equivale al ofendido, víctima o sujeto pasivo.

Los «*familiares*» son todas aquellas personas unidas al agraviado por un vínculo de parentesco que hayan sufrido también las consecuencias de la infracción. La mención expresa a los mismos, aunque puede servir de llamada de atención de que también ellos son acreedores del derecho a la indemnización, sin embargo, resulta confusa e innecesaria. Confusa porque pudiera dar a entender que quedarían excluidas aquellas personas que se encuentran unidas por una relación análoga al matrimonio, cuando no es

471. La jurisprudencia incluye entre los daños corporales objeto de la indemnización los siguientes: “gastos médico-farmacéuticos hasta la total curación, ingreso y permanencia en centros hospitalarios, intervenciones quirúrgicas, ambulancias u otros gastos de transporte devengados como consecuencia de la necesidad de traslado con el fin de recibir asistencia médica permanente o de carácter ambulatorio, secuelas resultantes, pérdida de miembros principales o secundarios, prótesis, deformaciones, incapacidad para el trabajo habitual durante el período de curación, invalidez, permanente o transitoria, residual, total o parcial” (véase, por ejemplo, la STS 14 marzo 1997).

así. E innecesaria, porque siempre quedarían abarcados por la mención a los «terceros».

Y por «tercero» se entiende toda persona que haya sido directamente perjudicada por la infracción y que no sea el propio agraviado o familiar suyo<sup>472</sup>.

4. Particular atención merece, en este punto, la cuestión relativa a la **indemnización por la muerte de la víctima**. Se ha discutido si la indemnización por la muerte le corresponde a la víctima o si, una vez fallecida, debe negarse que tal derecho pueda entrar en su patrimonio. La jurisprudencia actual niega, acertadamente, que el derecho indemnizatorio pueda entrar en el acervo hereditario y pueda, por consiguiente, transferirse a sus sucesores. Para que el agraviado tenga derecho a percibir la indemnización deberá reunir las condiciones requeridas en nuestro ordenamiento jurídico para ser titular de derechos, entre las que se encuentra, en primer lugar, tener capacidad jurídica. Y según lo dispuesto en el **art. 32 CC**, la capacidad jurídica o personalidad, se extingue con la muerte. Por consiguiente, una vez que se ha producido la muerte, el occiso no podrá adquirir ya ningún derecho indemnizatorio que pueda transmitir a sus herederos.

Lo dicho no impide, sin embargo, que los familiares de la víctima y terceros puedan tener derecho a que se les indemnice por los perjuicios directos que la muerte del difunto les hubiese ocasionado, y en este punto cabe tener presente los siguientes conceptos:

- si entre la acción homicida y el resultado de muerte ha mediado un intervalo de tiempo más o menos largo, surgirán para el agraviado perjuicios económicos (gastos médicos, farmacéuticos, etc.) y morales, cuya indemnización podrá ser, entonces sí, pues aún estaba vivo cuando se originaron, transmisible a los parientes;
- también son indemnizables los gastos de entierro y funeral, puesto que son perjuicios económicos que se causan directamente a los parientes o terceros que los hayan satisfecho;

472. GALIANA URIARTE, F.: «Problemas de la responsabilidad civil delictual. El tercero perjudicado», ADPCP 1966, 199 ss.

- y por último, del fallecimiento se pueden derivar, además, perjuicios materiales y morales para los familiares del fallecido y para terceros, que resultan igualmente indemnizables. En estos casos no se indemniza la privación de la vida en sí, sino los perjuicios que otras personas sufren a causa de esa muerte<sup>473</sup>.

5. La cuestión que más dificultades suscita en la práctica es la de determinar el importe de la indemnización. El CP apenas recoge algún criterio para establecer dicho valor. Entre los que menciona se encuentra la denominada *compensación de culpas*, regulada en el art. 114 CP, en virtud de la cual «si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización». Según esta disposición se procederá a establecer la proporción en que cada una de las conductas concurrentes ha contribuido a la realización del resultado, de modo que se reparte el importe de la indemnización conforme a dicha proporción, y en consecuencia se rebaje tal cifra en relación con la participación que en los hechos debe atribuirse al perjudicado.

Esta disposición se refiere únicamente a la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito, sin que de ella se pueda extraer ninguna conclusión con respecto a otro tipo de consecuencias. La repercusión que pueda tener la actuación de la propia víctima a la hora de determinar la responsabilidad penal del autor es una cuestión muy debatida en el seno de la doctrina y de la jurisprudencia, y cuyo estudio debe trasladarse al ámbito de la teoría del delito (para unos al ámbito de la tipicidad, examinando si

---

473. Concretamente, en la jurisprudencia se produjo una polémica en torno a la cuantía indemnizatoria que debían percibir los padres de la víctima fallecida sin descendencia y sin haberse casado. A este respecto, el Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo adoptó un Acuerdo no jurisdiccional el día 14 de febrero de 2003, en virtud del cual la cuantía indemnizatoria que se atribuye en estos casos a los padres “ha de entenderse que se trata de la concesión del importe total a ambos progenitores conjuntamente, de modo que ni procede otorgar la totalidad de esa cantidad legalmente fijada, a cada uno de ellos por separado, en caso de supervivencia de ambos, ni reducirla a la mitad prevista, cuando fuere uno sólo el superviviente”. Véase, al respecto, entre otros, FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Padre(s) nuestro(s): La indemnización de los progenitores de la víctima por hechos de la circulación», LL 2003-2, 1735 ss.

el resultado es objetivamente imputable al autor; para otros al ámbito de la autoría y participación)<sup>474</sup>.

A salvo lo dispuesto en el art. 114 CP, se puede decir, por tanto, que los Jueces y Tribunales gozan, con carácter general, de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de valorar los perjuicios sufridos. Pero que gocen de dicha discrecionalidad no quiere decir, igual que para la determinación de la pena, que el importe de la responsabilidad civil se pueda determinar de modo arbitrario. Al contrario, según lo dispuesto en el **art. 115 CP**, «los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución».

Esta discrecionalidad judicial a la hora de fijar el importe de la indemnización, sin embargo, se encuentra fuertemente limitada en algunos ámbitos de la vida que generan un alto riesgo para las personas y en los que con mucha frecuencia se producen daños a otras personas. Concretamente, cuando los daños y perjuicios hubieren sido consecuencia de un delito o falta cometidos con ocasión de la circulación de vehículos a motor, el Juez o Tribunal está vinculado, en la fijación de la cuantía de la indemnización, por los baremos y cuantías establecidas en el **Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor** (aprobado por el RD-Legislativo 8/2004, de 29 de octubre) (=LRCSCVM/2004), en cuyo Anexo se establece un «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación»<sup>475</sup>. Según lo dispuesto en el art. 1.1 del citado Anexo, «este sistema se aplicará a la valoración de todos los daños y perjuicios a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que

474. Véase el libro colectivo coordinado por DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN, *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad del autor. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater)*, Ed. Universidad de León, 2004.

475. Véase, entre otros, PÉREZ PINEDA, B./GARCÍA BLÁZQUEZ, M.: *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*, 13ª ed., Ed. Comares, Granada, 2004.

sean consecuencia de delito doloso». Las cuantías previstas en ese anexo se actualizan todos los años<sup>476</sup>.

### 3. Sujetos civilmente responsables

Dadas las diferencias que existen entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil [*supra* § 41.1.c)] sucede que los sujetos civilmente responsables, a los que se refiere el Cap. II del Tít. V del Lib. I, pueden no coincidir con los responsables penales. En virtud de los principios de culpabilidad, de personalidad de las penas, y de peligrosidad criminal postdelictual, la responsabilidad penal sólo puede recaer sobre personas físicas que sean autores o partícipes de un delito o falta. Sin embargo, puesto que la responsabilidad civil tiene otro fundamento es posible que deban satisfacerla personas jurídicas o personas físicas que no hayan intervenido en la comisión del delito o que aun habiéndolo hecho, estén exentas de responsabilidad criminal.

Por ello, dentro de los sujetos civilmente responsables se pueden distinguir dos grandes categorías: los responsables civiles directos y los responsables civiles subsidiarios. A su vez, dentro de los primeros, podemos distinguir aquellos que son también responsables criminalmente y los que no lo son. Veamos los distintos sujetos.

#### a) *Responsables civiles directos*

##### i. Responsables civiles directos que también lo son penalmente

1. Según lo dispuesto en el **art. 116.1 CP**, «toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios». Por tanto, el autor de un delito responde

<sup>476</sup>. Véase la Resolución de 24 de enero de 2006, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE nº 29, de 3 de febrero de 2006), que actualiza las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal para el año 2006 establecidas en el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

también de todos los daños y perjuicios ocasionados. «Si son dos o más los responsables de un delito o falta –continúa el art. 116.1 CP–, los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno». Es decir, que en casos de coautoría y de participación, en los que intervienen varias personas en la comisión del delito, la responsabilidad civil se reparte entre todos ellos, sin que tenga que ser a partes iguales. Los Jueces y Tribunales gozan en este punto, igual que para determinar el importe de la indemnización, de un amplio margen de discrecionalidad.

Este reparto por cuotas sólo resulta posible, sin embargo, en los casos en que la responsabilidad civil consista en la reparación (nº 2 del art. 110 CP) o en la indemnización (nº 3 del art. 110 CP), pues si la responsabilidad civil consiste en la restitución, por definición, no cabe establecer cuota alguna.

2. Aunque cada sujeto sea condenado a responder de un determinado porcentaje de la responsabilidad civil, sin embargo, «los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables» (**art. 116.2 párr. 1º CP**). Es decir, que el perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de los autores o contra cualquiera de los cómplices para exigir el total de la responsabilidad civil que corresponda a cada grupo, porque todos ellos responden recíprocamente de la cuota que le corresponde a los demás. Si los responsables de un grupo no llegan a cubrir el total de la responsabilidad que les corresponde, los del otro grupo la cubrirán por ellos. El **párr. 2º del art. 116.2 CP** aclara, de modo totalmente innecesario, pues no hay más que dos grupos de responsables<sup>477</sup>, el orden en que «la responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices».

Como es lógico, el responsable subsidiario que satisfaga la responsabilidad civil, a tenor de lo dispuesto en el **párr. 3º del art. 116.2 CP**, tendrá

<sup>477</sup>. Si hubiese más grupos de responsables, como sucedía en el anterior Código con los encubridores, sí tenía sentido establecer un orden de preferencia entre ellos. Sin embargo, al haber sólo dos (autores y cómplices), es obvio que los responsables subsidiarios de los autores son los cómplices, lo mismo que los autores son los responsables subsidiarios de los cómplices.

derecho de repetición «contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno».

ii. La responsabilidad civil directa del asegurador.

1. El **art. 117 CP**, que ha sido una novedad introducida por el CP/1995, ha venido a consolidar lo que ya se había establecido en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro (=LCS), en su art. 76, acerca de que la responsabilidad de los aseguradores fuese directa y no subsidiaria para cualquier tipo de actividad<sup>478</sup>, y que ya se había establecido con anterioridad en el ámbito del seguro obligatorio de circulación de vehículos a motor<sup>479</sup>. El art. 117 CP ha dispuesto que «los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda».

La responsabilidad directa del asegurador implica la asunción en solitario de la obligación de indemnizar que corresponda a su asegurado, por lo que el perjudicado puede dirigirse, no sólo contra cualquiera de los autores o contra cualquiera de los cómplices para exigir el total de la responsabilidad civil que corresponda a cada grupo, sino que también podrá hacerlo contra sus respectivos aseguradores, que deberán hacer frente a la responsabilidad civil, tanto directa como subsidiaria, de su asegurado. Por este motivo, el asegurador deberá comparecer también como parte en el proceso, y las consecuencias beneficiosas que hemos visto que el CP asigna

478. **Art. 76 párr. 1º LCS**: El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado.

479. Ahora, la acción directa del perjudicado o sus herederos está recogida también, en el ámbito del seguro obligatorio de automóviles, en el art. 7 LRCSCVM/2004.

al hecho de satisfacer la responsabilidad civil [*supra* § 41.1.d)], también pueden deberse a que el asegurador cumpla dicha obligación.

2. El reconocimiento al perjudicado de una acción directa contra el asegurador implica que éste tendrá que satisfacer la responsabilidad civil hasta el límite de la indemnización legal o contractualmente establecida, y que no podrá oponer frente a aquél, por tanto, ninguna cláusula de exclusión de la cobertura. El **art. 76 LCS** establece que «la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado». Una cosa es la relación contractual existente entre el asegurado y el asegurador, y otra, la obligación que tiene el asegurador frente al perjudicado. Aquél tiene que indemnizar a éste, sin perjuicio del derecho de repetición del asegurador frente al asegurado.

Este entendimiento de las relaciones entre los tres sujetos implicados no se pone en entredicho, a nuestro modo de ver, por lo dispuesto en el **art. 19 LCS**, según el cual «el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado». De esta disposición la jurisprudencia había deducido la falta de cobertura por el seguro de responsabilidad civil de los daños causados de forma dolosa<sup>480</sup>. Sin embargo, ese criterio ha sido modificado por la jurisprudencia posterior<sup>481</sup>, y es el que se sigue aún en la actualidad, a pesar de que por Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se modificó la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados<sup>482</sup> (hoy sustituida por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, que aprueba el texto

480. Véase, por ejemplo, la STS de 10 de julio de 1995. Sobre aquella jurisprudencia, véase, entre otros, MÓNER MUÑOZ, «Los daños dolosos como causa de exclusión del seguro de responsabilidad civil», RGD 1995, 11311 ss.

481. Véase, por ejemplo, la STS de 29 de mayo de 1997. Al respecto, entre otros, SOTO NIETO, «El seguro de responsabilidad civil y los delitos dolosos», AP 1999, 727 ss.

482. Sobre este cambio normativo, véase, entre otros, MACIÁ BOBES, «Daños dolosos y seguro obligatorio», LL 2001-5, 1800 ss.; MAZA MARTÍN, «La inagotable controversia a propósito de la responsabilidad del asegurador en los hechos dolosos cometidos mediante vehículo de motor», LL 2001-6, 1326 ss.; SOTO NIETO, «Seguro voluntario de responsabilidad civil. Cláusula de exclusión de cobertura de daños de origen doloso», LL 2002-4, 1711 ss.

refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados), y se estableció que «en todo caso no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes» (hoy dicha disposición se encuentra en el art. 1.4 LRCSCVM/2004).

Esta disposición, sin embargo, hay que ponerla en conexión con el **art. 10 a) LRCSCVM/2004**, en virtud del cual, «el asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, podrá repetir: a) Contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas».

Por tanto, de este artículo cabe deducir que, a salvo su derecho de repetición, el asegurador debe indemnizar también en supuestos de daños causados dolosamente, pues si el asegurador no tuviese que indemnizar al perjudicado no tendría sentido reconocerle un derecho de repetición frente al asegurado.

### iii. Responsables civiles directos que no lo son penalmente

Como ya dijimos más arriba, dadas las diferencias que existen entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, es posible que sujetos que están exentos de responsabilidad penal, sin embargo, no lo estén civilmente, e incluso, sujetos que ni siquiera hayan intervenido en la comisión del delito, no obstante, deban satisfacer la responsabilidad civil. A estas personas se refiere el **art. 118 CP**, cuando declara responsables civiles directos a diversas personas que no lo son penalmente. En estos casos, a pesar de que el Juez o Tribunal dicte sentencia absolutoria, según el **art. 119 CP**, sin embargo, «procederá a fijar las responsabilidades civiles, salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda».

La exención de responsabilidad criminal impide la imposición de una pena, pero no, en cambio, la de una medida de seguridad (en algunos supuestos), ni tampoco la de la obligación de indemnizar por los daños que se deriven del hecho. A este respecto el art. 118 CP ha previsto cinco supues-

tos: 1) las anomalías y alteraciones psíquicas o en la percepción desde la infancia o el nacimiento, que impidan comprender el carácter ilícito de la conducta o de actuar conforme a dicha comprensión; 2) los hechos cometidos bajo intoxicación plena o bajo un síndrome de abstinencia con el mismo efecto psicológico que en el anterior supuesto; 3) el estado de necesidad; 4) el miedo insuperable; y 5) el error.

1. Según lo dispuesto en el **art. 118.1 regla 1ª CP**, en los supuestos de los números 1º y 3º del art. 20 CP (anomalías y alteraciones psíquicas o en la percepción desde la infancia o el nacimiento), «la exención de responsabilidad criminal... no comprende la de la responsabilidad civil», siendo responsables civiles por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal, no sólo ellos, sino «también» «quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables». Estos últimos pueden ser responsables penales como coautores o partícipes, por lo que serían también responsables civiles directos según el art. 116 CP.

En estos supuestos, «los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos» (**párr. 2º del art. 118.1 regla 1ª CP**).

2. La **regla 2ª del art. 118.1 CP** establece que en los supuestos del número 2º del art. 20 CP «son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado». A este respecto hay que advertir que el ebrio y el intoxicado no son las únicas personas mencionadas en el nº 2 del art. 20, pues este precepto también declara exento de responsabilidad criminal al que actúe bajo un síndrome de abstinencia. De todas formas, esta regla puede aplicarse análogamente al que actúe bajo síndrome de abstinencia, dado que para las disposiciones de naturaleza civil no está prohibida la analogía.

3. El **art. 118.1 regla 3ª CP** declara como responsables civiles directos en el caso del nº 5 del art. 20 CP a «la personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera

estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio». En este caso el legislador no ha distinguido que el hecho necesario se realice en beneficio propio o en auxilio de tercero. En cualquier caso, el responsable civil es el beneficiado, sea el autor material del hecho o no. El fundamento de esta regla estriba en que el Derecho no puede admitir el beneficio a costa del prójimo, así que en virtud del principio de interdicción del enriquecimiento sin causa o a modo de una gestión de negocios ajenos, se declara responsable civil directo al beneficiado por un estado de necesidad, importando poco que opere como causa de justificación o como causa de exclusión de la culpabilidad.

La determinación del importe de la indemnización en estos casos no siempre resulta fácil. Es posible que el beneficio reportado resulte de difícil concreción, porque el riesgo que amenace a cada persona sea diferente, porque se trate de bienes de distinto valor, por ejemplo, o porque el riesgo evitado sea incierto, porque no está claro a qué bienes amenaza. En estos casos, el CP ha optado por la única solución posible, que es dejar su determinación al arbitrio judicial.

Por otra parte, en el **párr. 2º del art. 118.1.3ª CP** se ha previsto una regla para la determinación de la indemnización que no siempre va a poder aplicarse, y es que «cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales».

4. A tenor de lo previsto en la **regla 4ª del art. 118.1 CP**, «en el caso del número 6º, responderán principalmente los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho». La responsabilidad de los causantes del miedo derivará generalmente ya de una acción punible, por coacción o amenaza, por lo que respondería en virtud de lo dispuesto en el art. 116 CP. El autor del hecho sólo responderá subsidiariamente cuando no pueda exigirse a los causantes del miedo.

5. Según lo dispuesto en el **art. 118.2 CP**, «en el caso del artículo 14, serán responsables civiles los autores del hecho». Hay que entender que esta disposición, introducida *ex novo* por el CP/1995, se refiere a supuestos de error invencible, pues el error vencible ya daría lugar a una sentencia condenatoria y a la correspondiente responsabilidad civil, bien por delito imprudente (si se trata de un error de tipo vencible) o bien por delito doloso atenuando en uno o dos grados (si se trata de un error de prohibición vencible). No obstante, también habrá responsabilidad civil en un supuesto de error de tipo vencible cuya comisión imprudente no esté expresamente tipificada. A pesar de que el error de tipo excluye el dolo y sólo esté tipificada la comisión imprudente, en estos casos, la ley penal ha optado por un criterio objetivador que mantiene la responsabilidad civil, dado que se considera injusto que el perjudicado tenga que soportar el mal causado por error de otro.

### b) *Responsables civiles subsidiarios*

Con la finalidad de que no quede sin reparar el daño causado por el delito, los arts. 120 y 121 CP declaran responsables civiles subsidiarios a otra serie de personas, tanto físicas como jurídicas, cuando los responsables penales no puedan satisfacer la correspondiente responsabilidad civil. Pero no puede ser declarado responsable civil subsidiario cualquier persona, sino que entre los responsables penales y los civiles subsidiarios debe existir una determinada relación. Estas relaciones aparecen recogidas en los arts. 120 y 121 CP, y son seis.

1. En primer lugar, según el **apart. 1º del art. 120 CP**, «son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 1.º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia».

Este precepto se refiere a los hijos y pupilos «mayores de dieciocho años» que vivan en compañía de sus padres. Los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por menores de edad se rigen por lo dispuesto en

los arts. 61 ss. LORRPM (*supra* § 30.5). Los hijos y pupilos tienen que estar «sujetos a su [de los padres o tutores] patria potestad o tutela», lo cual sólo puede tener lugar respecto de personas mayores de edad cuando no pueden gobernarse por sí mismas y hayan sido incapacitadas<sup>483</sup>. Si la incapacitación fuese debida a una anomalía o alteración psíquica, y ésta hubiese dado lugar a una exención de responsabilidad criminal, la responsabilidad civil se dilucidará a tenor de lo dispuesto en el art. 118.1.1ª CP, que ya hemos visto. Al igual que en aquel, la responsabilidad en éste de los padres o tutores no es objetiva (a diferencia de la prevista en la LORRPM, que sí lo es), sino que depende de que esté presente «por su parte culpa o negligencia».

2. En segundo lugar, son también responsables civiles subsidiarios, según el **apart. 2º del art. 120 CP**, «las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212 de este Código».

Para los delitos de calumnia e injuria, el art. 212 CP establece ya un régimen especial de responsabilidad civil, que consiste en la solidaridad entre

483. Según el **art. 169 CC**, «la patria potestad se acaba: [...] 2º. Por la emancipación»; y «la emancipación tiene lugar –según el **art. 314 CC**–: 1º. Por la mayor edad». No obstante, «la patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados –establece el **art. 171 CC**–, quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad». Asimismo, el citado precepto continúa diciendo que, «si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado no se constituirá la tutela, sino que se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad». «Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación –dice el mencionado precepto, al final– se constituirá la tutela». En efecto, el **art. 222 CC** dispone que «estarán sujetos a tutela: [...] 2º. Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido. 3º. Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela».

Y en cuanto a la tutela, ésta «se extingue –según el **art. 276 CC**–: 1º. Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado». Y el **art. 278 CC** dispone que «continuará el tutor en el ejercicio de su cargo si el menor sujeto a tutela hubiese sido incapacitado antes de la mayoría de edad, conforme a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación».

el autor del delito y el titular de la empresa<sup>484</sup>. Por tanto, el art. 120.2º CP prevé la subsidiariedad sólo para otros delitos que no sean contra el honor, como puedan ser, por ejemplo, los delitos contra la intimidad o los relativos a la propiedad intelectual o industrial.

3. En tercer lugar, responden subsidiariamente, según el **art. 120.3º CP**, «las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción».

Varias condiciones limitan esta responsabilidad. Así:

- 1) el lugar donde se comete la infracción: «los establecimientos de los que sean titulares»;
- 2) el sujeto infractor: los titulares de los establecimientos, sus directores o administradores, así como los dependientes o empleados;
- 3) la infracción tiene que ser de «reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad», que además tienen que estar «relacionados con el hecho punible»; en los reglamentos o disposiciones de la autoridad (entendidos como cualquier norma positiva) se alojan normas de diligencia, cuyo cumplimiento constituye en culpa al infractor, pero si tal quebrantamiento ha sido realizado por los dependientes, la culpa del empresario será la que los civilistas llaman *in eligendo*, por haber escogido mal el dependiente, o *in vigilando*, por no haber inspeccionado debidamente sus actividades;
- 4) tiene que haber, por último, una relación de causalidad entre la infracción de reglamentos y el delito cometido, de tal modo que «éste no se hubiera producido sin dicha infracción», es decir, que si en la

484. Véase, al respecto, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, «La responsabilidad civil derivada de los delitos de injuria y calumnia en el Código Penal de 1995», AP 1997, 503 ss.

Para la regulación anteriormente vigente, véase, entre otros, BOIX REIG, «La responsabilidad civil derivada del delito por lesiones del derecho del honor», EPC t. VII (1984), 127 ss.

hipótesis de suprimir mentalmente dicha infracción de reglamentos el delito no se habría producido, se puede afirmar entonces dicha relación conforme a la conocida fórmula de la *condicio sine qua non*.

4. En cuarto lugar, el **apart. 4º del art. 120 CP** declara responsables civiles subsidiarios a «las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios».

A diferencia del supuesto anterior, los delitos o faltas no tienen que haberse cometido en un lugar determinado, sino que basta con que se cometan por los «empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Si se da esta condición, obsérvese que no existe el requisito adicional de que haya habido culpa o negligencia por parte del principal. La culpa *in eligendo* se presume *iuris et de iure*, lo cual equivale a aceptar la responsabilidad objetiva. En la actualidad, doctrina y jurisprudencia fundamentan la responsabilidad, más que en la culpa, en el principio *cuius commoda eius damna*<sup>485</sup>, es decir, que aquel en cuyo beneficio se ejerce el servicio, se entiende que también le afectan los perjuicios que en su ejercicio se causen.

La relación que debe unir a los responsables penales con los responsables civiles subsidiarios («empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios») ha sido interpretada por la jurisprudencia de un modo muy flexible. Da igual la naturaleza del vínculo: de hecho o de derecho, laboral o de otro tipo, a título gratuito u oneroso, de modo permanente o transitorio, etc.; y en cuanto al desempeño de sus obligaciones o servicios se ha entendido también de un modo muy amplio, hasta el punto de que basta con que no exista una desconexión total y absoluta entre el servicio prestado y el daño causado<sup>486</sup>.

485. Véase, por todos, ANTÓN ONECA, *PG*<sup>2</sup>, 654 ss.

486. Véase la exposición que ha hecho de la jurisprudencia, entre otros, PANTALEÓN, «La responsabilidad civil subsidiaria de los empresarios por los daños derivados de delitos y faltas cometidos por sus dependientes», en AAVV, *Delitos y cuestiones*

5. En quinto lugar, son también responsables civiles subsidiarios, según el **apart. 5º del art. 120 CP**, «las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas».

Este precepto introducido por el CP/1995 ha venido a ratificar una regla ya aceptada en la práctica, que era la responsabilidad de los propietarios de los vehículos por los delitos o faltas cometidos en la utilización de los mismos por sus empleados o por personas autorizadas. A diferencia del supuesto anterior, no es necesario que la persona natural o jurídica se dedique a cualquier género de industria o comercio, basta con que sea «titular de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros». Además, el ámbito de los sujetos de los que se debe responder subsidiariamente se extiende a las «personas autorizadas», que no tienen por qué ser empleados o dependientes del titular del vehículo.

6. Y en sexto y último lugar, el **art. 121 CP** declara la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados por sus empleados en el desempeño de funciones públicas.

**Art. 121 CP:** El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pre-

---

*penales en el ámbito empresarial*, Ed. Diario Expansión, Madrid, 1999, 55 ss. Ulteriores referencias también en ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*<sup>3</sup>, 576.

tensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

El régimen de responsabilidad subsidiaria de las Administraciones Públicas que estaba previsto en el ACP era muy insatisfactorio, y ello a pesar de que la jurisprudencia la venía reconociendo desde antiguo<sup>487</sup>. El proceso de reforma penal llevado a cabo en España durante las dos últimas décadas del siglo pasado demuestra, sin embargo, que esta cuestión ha sido una de las que más vivas polémicas ha despertado, y que aún hoy, lo sigue haciendo<sup>488</sup>.

En efecto, aunque la actual regulación contiene evidentes aspectos positivos en este punto, sin embargo, no está exenta de críticas, como veremos a continuación.

La responsabilidad subsidiaria de los entes públicos, que el art. 121 CP enumera simplemente de modo ejemplificativo, se condiciona a la presencia de los siguientes requisitos:

- a) Que los daños causados provengan de la comisión de delitos dolosos o culposos<sup>489</sup>. Dejando al margen la poco afortunada expresión «culposos» (compárese con la utilizada en el art. 10 CP), el problema fundamental que plantea este requisito es cómo interpretar el término «delitos». Si tenemos en cuenta los antecedentes prelegislativos (tanto el PCP/1992 como el PCP/1994 menciona-

487. Desde la STS de 18 de marzo de 1936, que declaró responsable a un Ayuntamiento, porque el art. 22 ACP se refería a «personas» y dentro de este término incluyó tanto a la física como a la jurídica. Véase, entre otros, ANTÓN ONECA, *PG*<sup>2</sup>, 655.

488. Sobre la antigua regulación relativa a la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas véase, entre otros, MOLINA PASCUAL, «De la responsabilidad civil subsidiaria de las corporaciones de Derecho público por razón de delito», *ADPCP* 1955, 93 ss.; y sobre el proceso de reforma penal, véanse, entre otros, GARCÍA LARAÑA, «La responsabilidad civil “ex delicto” en el Anteproyecto de Código Penal de 1992», *LL* 1992-3, 1048 ss.; MANZANARES SAMANIEGO, «La responsabilidad civil subsidiaria de los entes públicos en el artículo 121 del nuevo Código penal», *AP* 1998, 451 ss.; SANTA CECILIA GARCÍA, «La responsabilidad civil *ex delicto* en el proyecto de Código penal de 1992», *LH-J. del Rosal* (1993), 1015 ss.; SOTO NIETO, «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Entes Públicos en general (artículo 121 del Código Penal)», *LL* 1996-1, 1658 ss.

489. Específicamente sobre esta cuestión, véase, entre otros, GUARDIOLA GARCÍA, «Significado de la expresión ‘delitos dolosos o culposos’ del artículo 121 del Código penal. Comentario a los pronunciamientos del Tribunal Supremo», *RGD* 2001, 1751 ss.

ban expresamente también a las faltas, si bien este último sólo se referiría a los dolosos), así como otros preceptos que regulan la responsabilidad civil, en particular, el art. 120 CP que regula también la responsabilidad civil subsidiaria, parece que habría que descartar una interpretación amplia del término «delito». No obstante, la jurisprudencia más reciente incluye también las faltas, e interpreta el término «delitos» como equivalente a cualquier infracción penal<sup>490</sup>.

- b) Que los empleados públicos sean responsables penales de esos delitos dolosos o culposos, lo cual limita enormemente la responsabilidad de la Administración, pues si el empleado público estuviere exento de pena, incluso aunque no fuese por una causa de justificación, la indemnización por parte de la Administración no podrá exigirse en vía penal, sino que habrá que acudir a la vía administrativa por mal funcionamiento de los servicios públicos<sup>491</sup>.
- c) En tercer lugar, que quizás sea el requisito más controvertido, el art. 121 CP condiciona la responsabilidad subsidiaria de la Administración a que los daños sean causados por la «autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», y además que «la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados». De nuevo aquí se observa un afán por parte del legislador de 1995 de limitar la responsabilidad de la Administración, pero que luego la jurisprudencia se ha encargado de mitigar. A este respecto, la jurisprudencia ha sido también bastante flexible, sobre todo, en lo que se refiere los daños ocasionados por funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado por el uso de un arma de fuego. Frente al criterio restrictivo que excluía la responsabilidad de la Administración cuando el hecho se hubiera producido “fuera de

490. Véase al respecto, entre otros, SOTO NIETO, «De nuevo sobre la responsabilidad subsidiaria del Estado y entes públicos en supuestos de faltas», LL 1998-1, 1830 ss.

491. Véanse los arts. 106.2 CE y 139 ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

servicio”, la jurisprudencia actual considera que la Administración debe responder prácticamente en todo caso<sup>492</sup>.

- d) Se exige, por último, que para declarar en el proceso penal responsable civil subsidiario a la Administración, la acción civil se dirija contra el autor del hecho y «simultáneamente contra la Administración o ente público». Con ser admisible esta regla, para evitar posibles duplicidades indemnizatorias, sin embargo, se plantea el problema de que si el perjudicado desea dirigirse contra la Administración por la vía administrativa de los arts. 139 ss. Ley 30/1992 tendrá que hacer, previamente, reserva de la acción civil contra el autor del hecho: o bien reclama en el proceso penal la responsabilidad civil a los dos (al empleado público y subsidiariamente a la Administración) o bien se reserva para la vía administrativa la responsabilidad de la Administración, en cuyo caso podrá acudir a la vía civil para reclamar sólo la responsabilidad del autor, o bien puede acudir a la vía administrativa para dirigirse contra el empleado público y contra la Administración, pues el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración en estos casos es de solidaridad, pudiendo la Administración repetir luego contra el funcionario (arts. 145 y 146 Ley 30/1992).

492. Véase el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 17 de julio de 2002, en virtud del cual se establece que “la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por el uso del arma reglamentaria, se deriva de que, aún cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio, el riesgo generado con el hecho de portarla sí es consecuencia directa del modo de organización del servicio de seguridad, por lo general beneficioso para la sociedad, pero que entraña este tipo de riesgos”.

“Pero el mero hecho de la utilización del arma reglamentaria –continúa el Acuerdo– no genera de manera necesaria la responsabilidad civil del Estado, quedando ésta excluida en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad.

Entre tales supuestos deben incluirse las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria, en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él.

Si bien, incluso en los casos mencionados en el apartado anterior, habrá responsabilidad civil subsidiaria del estado, si existen datos debidamente acreditados, de que el arma debió habérsela retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión”.

### c) *Responsabilidad por participación a título lucrativo de los efectos de un delito o falta*

Por último, el **art. 122 CP** establece que «el que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación».

La participación a que se refiere este artículo no es la participación en el delito, pues ya serían entonces responsables en virtud de lo dispuesto en el art. 116 CP y sería un precepto redundante. Ni siquiera se refiere a los receptadores penales de los arts. 298 ss. CP, pues éstos, a raíz de la aprobación del CP/1995, han dejado de ser partícipes en un hecho ajeno para convertirse en auténticos autores de un delito propio, y sujetos, por tanto, a la responsabilidad civil que del mismo se derive. Se trata más bien de una “receptación civil”.

Los sujetos mencionados en el art. 122 CP no son responsables civiles. Si lo fueran, su obligación, bien directo o bien subsidiaria, ya estaría comprendida en alguno de los supuestos que ya hemos visto antes.

Según QUINTERO OLIVARES, la obligación de restituir que está prevista en el art. 122 CP “no es en esencia una obligación nacida del delito”. “Se trata –según este autor– de una traslación del principio del Derecho civil que declara la nulidad de los negocios cuando es ilícita la causa, concretamente cuando ha habido delito que afecte a una de las partes (art. 1305 CC), en cuyo caso es obligada la restitución de los efectos del mismo, pues no hacerlo supondría amparar el enriquecimiento injusto”<sup>493</sup>.

## **4. Cumplimiento de la responsabilidad civil y orden de prelación de pagos de las responsabilidades pecuniarias**

El Tít. V del Lib. I del CP finaliza con un Capítulo, el IV, dedicado al «cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecu-

<sup>493</sup>. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*<sup>3</sup>, 626.

niarias». Dicho capítulo está compuesto por dos preceptos: el art. 125 CP, que contiene una serie de posibilidades para facilitar el cumplimiento de la responsabilidad civil; y el art. 126 CP, que establece un orden de prelación en la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias.

1. «Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias –establece el **art. 125 CP**–, el Juez o Tribunal, previa audiencia al perjudicado, podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos».

Las responsabilidades pecuniarias a que se refiere este artículo son la responsabilidad civil y las costas, que veremos en el próximo epígrafe. Excluimos de este ámbito a la pena de multa, no porque su pago no pueda ser objeto de fraccionamiento, sino porque ya existe una disposición idéntica en el **art. 51 CP**. Además, de este modo se mitiga, aunque no se subsane del todo, la incoherencia que supone hacer depender el fraccionamiento de las «responsabilidades pecuniarias» de la insuficiencia de «los bienes del responsable civil». Las responsabilidades pecuniarias que se pueden derivar de un delito no se limitan a la responsabilidad civil, sino que incluyen la pena de multa y las costas.

2. Por último, el **art. 126 CP** establece un orden de prelación para el pago de las responsabilidades pecuniarias. Orden de prelación que tiene importancia, puesto que, como ya hemos visto (*supra* § 21), el cumplimiento de la pena de multa está garantizado mediante la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el **art. 53 CP**, de tal modo que cuando los bienes del multado sean insuficiente para satisfacer todas las responsabilidades pecuniarias, el lugar en que esté situada la pena de multa puede suponer que se le llegue a privar de la libertad ambulatoria o no<sup>494</sup>.

Según el **art. 126.1 CP**, «los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario se imputarán por el orden siguiente:

494. Las SSTC 54/1986 y 230/1991 han declarado la constitucionalidad del art. 111 ACP, equivalente del actual art. 126 CP/1995.

- 1º. A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios.
- 2º. A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa.
- 3º. A las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago.
- 4º. A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.
- 5º. A la multa».

No obstante, «cuando el delito hubiere sido de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte», el **apart. 2 del art. 126 CP** ordena que se satisfagan «las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado».

Para los delitos relativos al tráfico de drogas, el **art. 378 CP** ha alterado este orden de prelación de pagos, y la multa la ha colocado en tercer lugar.

## CAPÍTULO XI

# Otras consecuencias jurídicas de la infracción penal (II)

Como habíamos dicho, las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de la comisión de una infracción penal no se limitan a las penas, las medidas de seguridad y a la responsabilidad civil *ex delicto*. A estas tres consecuencias se las podría calificar con acierto como los tres pilares básicos del sistema de sanciones del Derecho penal español. Sin embargo, las consecuencias jurídicas que la comisión un hecho previsto en el CP como delito o falta puede acarrear no se limitan a las tres reseñadas, sino que en el propio Código se han previsto varias más.

Concretamente, en el Tít. V, junto a la responsabilidad civil se han previsto también las llamadas «costas procesales», y en el Tít. VI, se recogen otras «consecuencias» que se califican como «accesorias». Veamos, por este orden, cada una de estas otras consecuencias de la infracción penal.

## § 42. Las costas procesales

### 1. Concepto

Como resulta obvio, todo proceso judicial genera unos costes o gastos, que deben ser satisfechos por alguien. Aquellos gastos que deban ser satisfechos por las partes se denominan *costas procesales*. Por tanto,

todas las costas son gastos derivados del proceso penal, pero no todos los gastos del proceso pueden considerarse como costas. Las costas vienen a ser una especie del género de los gastos procesales.

Cuando alguien es condenado en costas quiere decir que tiene la obligación por ley de cubrir las costas procesales de la contraparte. De este modo, la condena en costas se constituye en un crédito privilegiado, cuyo titular es la parte contraria beneficiaria de la misma. Esto es importante resaltarlo: el titular de este crédito privilegiado no es el Abogado que ha representado a esa parte en el proceso y que la ha defendido en juicio, sino la parte misma. Antes se ha dicho que las costas procesales son aquellos gastos del proceso que deben soportar las partes en el mismo. Por lo tanto, conforme a esa definición, el titular de dicho crédito no puede ser otro que la propia parte y no su representante en juicio, quien, no obstante, podrá reclamar su importe, vía tasación de costas, a la contraparte.

## 2. Sujetos sobre los que recaen

Las costas procesales se encuentran reguladas, básicamente, en el Cap. III del Tít. V del Lib. I del CP (arts. 123 y 124), así como en el Tít. XI del Lib. I de la LECr (arts. 239 a 246).

El **art. 239 LECr** establece que «en los autos o sentencias que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes deberá resolverse sobre el pago de las costas procesales». «Esta resolución –dispone el **art. 240 LECr**– podrá consistir» en una de estas tres posibilidades: 1) Declarar las costas de oficio; 2) Condenar a su pago a los procesados, señalando la parte que corresponda a cada uno, si fuesen varios; y 3) Condenar a su pago al querellante particular o actor civil.

Las costas se declararán de oficio cuando no existan motivos para condenar en costas ni a los acusados, ni al querellante o acusador particular, ni al actor civil. La acusación particular y el actor civil serán condenados al pago de las costas –dice el **art. 240.3º LECr**– «cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe»<sup>495</sup>. Y «a los procesados que fueren

<sup>495</sup>. Véase al respecto, entre otras, la STS de 23 de marzo de 1999.

absueltos» –señala el **art. 240.2º LECr**– «no se impondrán nunca las costas». «Las costas procesales se entienden impuestas por la Ley –según el **art. 123 CP**– a los criminalmente responsables de todo delito o falta».

El que las costas se declaren de oficio quiere decir que cada parte tiene que hacerse cargo de las costas que le correspondan, lo cual significa, según lo dispuesto en el **párr. 2º del art. 242 LECr**, que los acusados absueltos tengan que abonar las costas relativas a los procuradores y abogados que les hubiesen representado y defendido, así como las relativas a peritos y testigos que hubiesen declarado a su instancia, salvo que hubiese obtenido «el beneficio de pobreza». El **art. 119 CE** dispone que «la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar»<sup>496</sup>.

Si fuesen varios los procesados, el **art. 240.2º LECr** establece que se debe señalar «la parte proporcional de que cada uno de ellos deba responder». A este respecto, en el reparto de las costas se viene haciendo primero una distribución conforme al número de delitos enjuiciados, dividiendo luego la parte correspondiente entre los distintos condenados, sin comunicación de responsabilidades de unos con otros en caso de insolvencia de alguno y declarando de oficio la porción de costas relativas a los acusados que resultaren absueltos.

### 3. Contenido

Según el **art. 124 CP**, «las costas comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales e incluirán siempre

---

496. Véase al respecto lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita; y en el RD 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

Según esta normativa, tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y para el orden jurisdiccional penal, también los ciudadanos extranjeros, aun cuando no residan legalmente en territorio español. A estas personas se les reconocerá el derecho de asistencia jurídica gratuita siempre y cuando sus recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de efectuar la solicitud.

los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte».

Así mismo, el **art. 241 LECr** también se refiere al contenido de las costas procesales. Sin embargo, algunos de los conceptos a los que alude este artículo, hay que entender que ya no están en vigor. Concretamente, este artículo establece que:

«Las costas consistirán:

- 1º. En el reintegro del papel sellado empleado en la causa.
- 2º. En el pago de los derechos de Arancel.
- 3º. En el de los honorarios devengados por los abogados y peritos.
- 4º. En el de las indemnizaciones correspondientes a los testigos que las hubiesen reclamado, si fueren de abono, y en los demás gastos que se hubiesen ocasionado en la instrucción de la causa».

Los nºs 1 y 2 del art. 241 LECr hay que actualmente están vacíos de contenido por lo dispuesto en la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, sobre supresión de Tasas Judiciales.

En cuanto al nº 3, aunque no se mencionen expresamente a los Procuradores, a tenor de lo dispuesto en el **art. 121 LECr** hay que entenderlos también incluidos. Respecto de los Abogados, véase también el art. 44 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por RD 658/2001, de 22 de junio. Y respecto de los Procuradores, véase el RD 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales.

## § 43. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Una de las novedades más reseñables que introdujo el CP/1995 en el sistema penal español, con clara influencia germánica en este punto y que había pretendido llevar a cabo ya la PANCP/1983, ha sido el Tít. VI del Lib. I, que trata «De las consecuencias accesorias». Este Título resulta novedoso no sólo por la rúbrica que lo encabeza, que nunca ha existido otra semejante, sino también por su contenido, pues, por un lado, modi-

fica la naturaleza de algunas de las consecuencias que ahora están contenidas en él (como el comiso), y por otro, introduce un precepto en la Parte General que trata de dar respuesta al problema político criminal de la criminalidad en las personas jurídicas. Estas consecuencias accesorias, que ya han dado lugar a una abundante literatura<sup>497</sup>, podemos dividir las en dos grupos: por un lado, el *comiso*, regulado en los arts. 127 y 128 CP; y por otro, las *consecuencias aplicables a las personas jurídicas*, recogidas en el art. 129 CP. No obstante, esta regulación hay que completarla con otras disposiciones contenidas en la Parte Especial del Código así como en alguna Ley penal especial, a las que aludiremos también en su momento oportuno. Pero antes de pasar a examinar esta regulación, vamos a plantearnos cuál sea el concepto, el fundamento y la naturaleza de estas «consecuencias accesorias».

## 1. Concepto, fundamento y naturaleza

Por de pronto, hay que empezar por resaltar la discusión que se ha planteado en el seno de la doctrina acerca del carácter y naturaleza de estas “nuevas”<sup>498</sup> consecuencias accesorias. Prácticamente se han agotado todas las posibilidades que existen acerca de la configuración de estas consecuencias. Se

497. Véanse, por citar tan sólo recientes monografías específicamente dedicadas a estas cuestiones, entre otras, para el *comiso*: AGUADO CORREA, *El comiso*, EDESA, Madrid, 2000; BACIGALUPO SAGGESE, *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002; CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001. Y para las *consecuencias aplicables a personas jurídicas*, véanse, entre otros, ECHARRI CASI, *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2003; DE LA FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004; GUARDIOLA LAGO, M.J.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004

498. Digo “nuevas” entre comillas, porque algunos preceptos de la Parte Especial del ACP preveían ya ciertas, no todas, *consecuencias aplicables a las personas jurídicas* que ahora están previstas en el art. 129 CP. Así, por ejemplo, la disolución de la asociación o de la organización estaba prevista para los delitos de asociaciones ilícitas, de depósito de armas o explosivos y el tráfico ilegal de drogas en los arts. 174, 265 y 344 bis b) ACP; o la clausura de establecimientos o locales para los

ha defendido su naturaleza de auténtica **pena**<sup>499</sup>, de **medida de seguridad**<sup>500</sup>, pasando por negarles el carácter penal, y entender que son más bien de naturaleza **administrativa**<sup>501</sup> o **civil**. A nuestro juicio, existen argumentos más que

---

delitos contra el medio ambiente y en el tráfico ilegal de drogas en los arts. 347 bis y 344 bis b) ACP; entre otras medidas.

Asimismo, el *comiso* estaba también previsto en el ACP, si bien como pena accesorio, conforme a lo dispuesto en los arts. 27 y 48 ACP. Sobre la anterior regulación del comiso, véase, por todos, MANZANARES SAMANIEGO, «Comiso», CLP t. III (1984), 411 ss.; «Comiso», CLP t. IV (1985), 245 ss.; «El comiso (art. 48 del Código penal)», CLP t. V vol. 1 (1985), 409 ss.; «El comiso (art. 48)», CLP t. XIV vol. 1 (1992), 17 ss.; RUIZ ANTÓN, «Pena de comiso (art. 350 del Código penal)», CLP t. II (1983), 327 ss. En el PCP/1980 también tenía la consideración de una pena, véase, al respecto MANZANARES SAMANIEGO, «La pena de comiso en el Proyecto de Código penal», ADPCP 1981, 613 ss. Sobre

499. El principal representante de esta opinión, centrándose fundamentalmente en las consecuencias aplicables a las personas jurídicas, es ZUGALDÍA ESPINAR. Véase, entre otros trabajos suyos, «Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas», PJ 46 (1997), 327 ss.; «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español. (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)», LH-Valle Muñiz (2001), 885 ss. También siguen este planteamiento, entre otros, BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, 278 ss.; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, 215.

500. Así lo consideró, por ejemplo, ANTÓN ONECA respecto de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas (*PG*<sup>2</sup>, 177); y así se las calificaba expresamente en el PCP/1980 (arts. 133 y 135) (sobre la regulación de este Proyecto, véase, entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS, «Medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas en el proyecto de Código penal», LL 1980-1, 1004 ss.). Recientemente se ha pronunciado en este sentido, entre otros, ECHARRI CASI, *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal*, 110 s.; GARCÍA ARÁN, «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», LH-Torío López (1999), 326 s., aunque calificándolas como *sui generis*; SALAS CARCELLER, «Consecuencias accesorias», *CDJ* 1996, t. XXIV, 326 s.

501. GRACIA MARTÍN, *Lecciones*<sup>3</sup>, 487 ss., quien las encuadra, trayendo a colación la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, dentro de las potestades ablatorias de la Administración, esto es, aquellas facultades de los poderes públicos de sacrificar situaciones patrimoniales de los particulares para la salvaguarda de un interés colectivo.

A nuestro juicio, sin embargo, dicha configuración de las consecuencias no es motivo suficiente para negar el carácter sancionatorio de las consecuencias accesorias, pues éstas presuponen la comisión de un ilícito penal. No obstante, este

suficientes para negar estas caracterizaciones de las consecuencias accesorias y considerar que se tratan más bien de otro tipo de consecuencias, de un *tertium genus*, distinto de las penas y de las medidas de seguridad, pero con naturaleza penal<sup>502</sup>. Distinto también, por tanto, de la responsabilidad civil.

Dejando al margen el dato de que ninguna de las consecuencias accesorias se encuentra recogida en el catálogo de penas del art. 33 CP, que por sí solo, a mi juicio, no sería un dato decisivo para negarles tal carácter, aquéllas **no se pueden considerar penas** por cuestiones de mayor calado. La pena, como hemos dicho [*supra* § 4.2.d).ii.], tiene como **fundamento** la culpabilidad. Las consecuencias accesorias, en cambio, se imponen por motivos ajenos a la misma.

---

autor considera que “la efectiva realización de un hecho antijurídico previo... es un presupuesto necesario de la aplicación de las consecuencias accesorias, pero el mismo no debe formar parte del supuesto de hecho propiamente dicho de tales medidas. El hecho antijurídico previo constituirá normalmente un síntoma del peligro objetivo de realización de futuras infracciones” (489). Este mismo argumento podría utilizarse para negar carácter penal a las medidas de seguridad, pues el presupuesto de la medida de seguridad es la peligrosidad criminal, de la cual la previa comisión de un delito es sólo un síntoma. Sin embargo, en la actualidad nadie niega el carácter penal a las medidas de seguridad. *Mutatis mutandi* se podría decir lo mismo de las consecuencias accesorias.

Distinta es la sugerencia que este autor hace *de lege ferenda*, en el sentido de introducir en el catálogo de consecuencias accesorias medidas de carácter coercitivo, a modo de las multas procesales que en la actualidad existen en nuestro ordenamiento. Éstas ya sí que no podrían ser calificadas de consecuencias penales, pues no presuponen la comisión de un ilícito penal.

502. Compartimos la opinión que otros autores han expresado al respecto, entre los que cabe citar, a FERNÁNDEZ TERUELO, «Las consecuencias accesorias del art. 129 CP», LH-Valle Muñiz (2001), 276 ss.; DE LA FUENTE HONRUBIA, «Los entes colectivos como sujetos de Derecho Penal. Su tratamiento en el Código Penal», ADPCP 2002, 211; *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, 99 s.; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, t. I, Ed. Universitas, Madrid, 1996, 60; «Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales», LH-Ruiz Antón (2004), 545 ss.; MARTÍNEZ RUIZ, «Naturaleza jurídica y criterios de aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP», RECPC 01-11 (1999), § III; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal», LH-Cerezo Mir (2002), 1129; TAMARIT SUMALLA, «Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas», LH-Cerezo Mir (2002), 1163-1164; todos ellos con ulteriores referencias.

1. En efecto, en el caso de las *consecuencias aplicables a las personas jurídicas* resulta evidente, pues éstas no tienen capacidad de culpabilidad. La culpabilidad comporta un juicio de reproche personal o individual, que se asienta sobre una capacidad de decisión individual. Quienes deciden por la persona jurídica son las personas físicas. Son a éstas, por tanto, a quienes se puede declarar culpables, pero no a la persona jurídica. En virtud de este fundamento de la pena, rige también el principio de personalidad de las penas, impidiendo que, en un Estado democrático respetuoso con la dignidad humana, puedan surgir manifestaciones de responsabilidad colectiva.

No obstante, estas consideraciones, que son comúnmente admitidas, pueden verse en entredicho, aunque a nuestro juicio, no de modo decisivo, por una serie de disposiciones a lo largo del CP, que parece que imponen penas a las personas jurídicas. Concretamente, llama poderosamente la atención, después de lo dicho, que el **art. 262 CP** sancione con una «pena de inhabilitación especial», no sólo al culpable del delito de alteración de precios en subasta, sino también «a la persona o empresa por él representada». La LO 15/2003, de 25 de noviembre, mantiene esa disposición, pero además añade un apartado 2º a dicho precepto, en virtud del cual se dice que «si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación», el juez o tribunal podrá imponer alguna o alguna de las consecuencias del art. 129 CP. Si en el apartado 1º se puede imponer una “pena” a una empresa, ¿cómo es posible que luego se condicione la aplicación de las consecuencias del art. 129 CP a que el culpable *pertenezca* a dicha sociedad? No tiene ningún sentido, salvo que se entienda que esa supuesta pena de inhabilitación en realidad no se trata de una pena, sino de otra consecuencia accesoria distinta de las previstas en el art. 129 CP. Se trataría de una consecuencia similar a la prevista para el delito de blanqueo de capitales y para los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social de «pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social» [arts. 302.2 b), 305.1 y 308.3 CP] [*supra* § 18.1.b).1].

Asimismo, la LO 15/2003 ha añadido un nuevo **apartado 2 al art. 31 CP**, en el cual se declara que la persona jurídica será *responsable directa y solidariamente del pago de la pena de multa* impuesta a una persona que haya actuado en su nombre o cuenta. A esta disposición ya hemos dedicado

unas líneas (*supra* § 18.5.3). Baste recordar ahora que con ella parece que se está confundiendo la responsabilidad penal y la civil derivada de la comisión de un delito. Dicha disposición no tiene otro sentido que servir de mero afán recaudatorio.

En relación también con la pena de multa, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha dispuesto para el tráfico ilícito de drogas, que se imponga «a la organización, asociación o persona titular del establecimiento una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito» (**art. 369.2 CP**). Es preciso resaltar que esta disposición, a diferencia de lo que hace el art. 31.2 CP, no declara responsable del pago a la persona jurídica, sino que, de modo similar a como se ha hecho en el art. 262 CP, según acabamos de ver, impone directamente a la persona jurídica una “pena”, en este caso de multa. Pero a mi modo de ver, aunque esta disposición avance mucho más que las otras en el establecimiento de una responsabilidad penal para las personas jurídicas, no se puede decir todavía que con ella se haya implantado en nuestro sistema penal la responsabilidad penal de los entes colectivos. Esto supondría una profunda revisión de nuestro sistema penal, lo cual hubiese exigido por parte de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, una considerable remodelación de la Parte General del CP. Entre tanto y hasta que dicha reforma no se lleve a cabo, estamos de acuerdo con DE LA FUENTE HONRUBIA en considerar esta consecuencia como una multa coercitiva de carácter administrativo, que no tiene carácter de pena, pero que se judicializa, permitiéndose al juez penal su imposición dentro de un proceso penal<sup>503</sup>.

2. En el caso del comiso, su fundamento es doble. Por un lado, el *decomiso de los efectos que provengan del delito y de los bienes, medios o instrumentos del delito* tiene un sentido exclusivamente preventivo especial y, dentro de él, de mero aseguramiento. Esto no supone que al compartir también con las penas la finalidad preventivo especial, el comiso tenga entonces naturaleza de pena. Los fines preventivo especiales de la pena se proyectan sobre hechos culpables y en estos casos el presupuesto de la consecuencia accesoria

503. DE LA FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias accesorias*, 73-74. El ACP inducía a error en este punto cuando indicaba que «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta *lo era* también civilmente» (art. 19 ACP).

no es un hecho culpable, sino sólo la peligrosidad objetiva de la cosa (o de la persona jurídica en el caso de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas), entendida como la probabilidad de servir en el futuro como instrumento para la comisión de delitos. Éste es el fundamento último del comiso de los instrumentos u objetos del delito, lo cual también repercute en que el comiso de objetos de comercio ilícito no tiene por qué guardar proporción con la gravedad del delito cometido (art. 128 CP *a sensu contrario*). Podría objetarse a esta consideración que «toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo» el comiso, según lo dispuesto en el **art. 127.1 CP**. Sin embargo, tras la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la accesoriadad del comiso ya no se puede decir que sea de la pena, sino del hecho previsto en la ley como delito (*infra* § 43.2.b).i.]. Por otro lado, el *comiso de las ganancias procedentes del delito* responde a la idea de neutralizar un enriquecimiento ilícito.

Este doble fundamento del comiso podría acercar la naturaleza del mismo, y por ende, de las consecuencias accesorias en general, por un lado, a las medidas de seguridad, y por otro, a la responsabilidad civil. Sin embargo, tampoco cabe calificarlas como tales por las siguientes razones.

3. El fundamento de las medidas de seguridad, como hemos visto (*supra* § 26.2), es la peligrosidad criminal post-delictual. Tienen como punto en común, por tanto, la idea de prevención. Pero en el caso de las consecuencias accesorias, la prevención de la comisión de futuros delitos no recae sobre una persona, sino sobre los instrumentos. No se habla de una peligrosidad criminal personal o subjetiva, sino de una peligrosidad instrumental u objetiva, de la cosa o de la persona jurídica, es decir, que como tal, ni la cosa ni la persona jurídica tiene por qué encerrar una peligrosidad de cometer delitos en el futuro, sino sólo de servir como instrumento para la comisión de delitos.

El problema radica en que algunas consecuencias accesorias pueden recaer sobre personas físicas que además hayan cometido de modo culpable el delito<sup>504</sup>. En algunos casos, el efecto preventivo especial que se persigue

504. En estos casos se pueden imponer, por ejemplo, el comiso (art. 127 CP); o la clausura de locales o establecimientos, que pueden ser de titularidad de una per-

con estas consecuencias se podría lograr a través de las penas de inhabilitación. Sin embargo, hay que advertir que las posibilidades de intervención en el ámbito empresarial previstas en el art. 129 CP son mayores que las previstas para las inhabilitaciones, y además, no podemos olvidar que las inhabilitaciones son penas, y que como tales sus fines son la retribución y la prevención general y especial, los cuales no concurren, o por lo menos, no todos, en las consecuencias del art. 129 CP<sup>505</sup>. Las consecuencias accesorias del art. 129 CP están orientadas, como dispone el propio **apart. 3 del art. 129 CP**, «a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma».

Pero además de diferenciarse en la clase de peligrosidad a que pretenden hacer frente (peligrosidad subjetiva *versus* peligrosidad objetiva), las consecuencias accesorias se diferencian de las medidas de seguridad en que si bien ambas requieren de la comisión de un hecho previsto en la ley como delito, sin embargo, éstas requieren asimismo que tal hecho se haya cometido en un determinado estado de peligrosidad criminal, y como hemos visto (*supra* § 27.4), el CP/1995 solamente reconoce dos clases de estado peligroso: la *inimputabilidad* y la *semiimputabilidad* de enfermos mentales, toxicómanos y aquellos que padezcan alteraciones en la percepción desde la infancia o el nacimiento. Entre estas categorías de estado peligroso no

---

sona física, o la suspensión de las actividades de la empresa o intervención de la misma, cuando el empresario sea una persona física, o la prohibición de realizar actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, que también puede recaer sobre una persona física (art. 129 CP).

505. Compartimos la opinión de FERNÁNDEZ TERUELO, LH-Valle Muñiz (2001), 279, quien considera que “el resto de las funciones de prevención general y especial que tradicionalmente han sido asignadas a la pena (intimidación individual, reeducación, inocuización, intimidación general, restauración de la tranquilidad, fortalecimiento de la moral social, etc.) en las consecuencias accesorias aparecen enormemente diluidas”; y de DE LA FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias accesorias*, 91, para quien, además, “aunque pudiera defenderse que concurre la prevención general y la prevención especial (esta última con mayor claridad a tenor del artículo 129.3), lo cierto es que toda pena comporta un cierto grado de retribución y expiación, es decir, infligir un castigo, lo cual no concurre en las consecuencias previstas en el artículo 129 CP”.

se encuentra la peligrosidad instrumental de los objetos ni tampoco la de las personas jurídicas.

4. Resta aún por distinguir las consecuencias accesorias de la responsabilidad civil *ex delicto*. En este punto en particular la consecuencia accesoria que mayores problemas podría plantear es el comiso de las ganancias procedentes del delito. Aunque ambas tengan como presupuesto la comisión de un hecho previsto en la ley como delito y que puedan obedecer a la idea de neutralizar un enriquecimiento ilícito, sin embargo, existen diferencias que distinguen a estas consecuencias jurídicas del delito. En primer lugar, las consecuencias accesorias no pueden ser consideradas como medidas reparadoras del daño causado por el delito. La finalidad de estas consecuencias no es reparar los efectos de la actividad delictiva, sino prevenir su aumento cuantitativo y cualitativo<sup>506</sup>. Y en segundo lugar, el cumplimiento de las consecuencias accesorias no depende de la autonomía de la voluntad de las partes. Ni siquiera el comiso de las ganancias, que es el que más podría acercarse a tener una naturaleza civil, pierde su carácter público e indisponible. En cambio, la obligación de reparar el daño causado por el delito tiene carácter privado, por lo que el Juez que deba resolver atenderá, en primer lugar, al acuerdo de las partes [*supra* § 41.1.b)].

## 2. El comiso

La primera de las consecuencias accesorias que se recoge en el Tít. VI es el *comiso*<sup>507</sup>, que está regulado en los arts. 127 y 128 CP. El primero recoge las reglas

506. "Si la utilización de la estructura de medios –dice de LA FUENTE HONRUBIA– ha sido puntual u ocasional, y los efectos han sido igualmente puntuales, sin que pueda preverse su permanencia en el tiempo, no tendrá sentido la imposición de una consecuencia accesoria, sino que habrá que acudir a las normas que regulan la responsabilidad civil derivada de delito como medio de reparar los efectos concretos ya producidos (el daño a la víctima)" (*Las consecuencias accesorias*, 104).

507. Además de las monografías ya citadas más arriba, véanse, entre otros, BACIGALUPO SAGGESE, «La "confiscación" del patrimonio proveniente del delito», CPC 78 (2002), 497 ss.; CAMPOS NAVAS, «Comiso y administración judicial de bienes con origen en el tráfico ilegal de drogas», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* 6 (1999), 153 ss.; GARCÍA VICENTE, F. y otros: *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales*;

generales del comiso, y el segundo concede al Juez o Tribunal la facultad de no decretar el comiso o de acordarlo parcialmente, en determinados supuestos.

### a) *Concepto y objetos sobre los que puede recaer*

1. Según el **párr. 1 del art. 127.1 CP**, el comiso se define como «la pérdida de los efectos que de ellos [de delitos y faltas dolosos] provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar».

Esta definición legal permite delimitar los objetos sobre los cuales puede recaer, y son tres: los *efectos del delito*, los *bienes, medios o instrumentos del delito* y las *ganancias provenientes del delito*.

La expresión «efectos» del delito comprende todos los bienes o cosas que se encuentran, directa o indirectamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción criminal (por ejemplo, en el delito de tráfico ilegal de drogas, la droga).

Los «bienes, medios o instrumentos» o *instrumenta scæleris* son aquellos objetos o útiles empleados para la ejecución del delito (por ejemplo, por seguir con el mismo delito, las “planeadoras” o lanchas rápidas que se utilizan para introducir la droga en un país).

Y las «ganancias» o *producta scæleris* incluye cualquier ventaja económica ligada al acto criminal, incluidas también las transformaciones que haya podido experimentar (por ejemplo, el dinero procedente de la venta de la droga, o los bienes que se hayan comprado con ese dinero).

2. Para determinados delitos, el legislador se ha preocupado de concretar específicamente los objetos sobre los que puede recaer el comiso. Así, para el delito de tráfico ilegal de drogas, el **art. 374 CP**<sup>508</sup> alude a «las drogas

---

*extinción de la responsabilidad criminal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998; MAPELLI CAFFARENA, «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», RP 1 (1998), 43; MARONDA FRUTOS/TENA FRANCO, «El comiso y secuestro de objetos para fines probatorios no cautelares», CDJ 1996, t. XII, 197 ss; PUIG PEÑA, «Comiso», NEJ IV (1981), 455 ss.

508. Sobre este precepto, aunque sea antes de la reforma de 2003, véase, entre otros, GANZENMÜLLER ROIG/ESCUADERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, «El comiso. Examen del artículo

tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371 [precursores], así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias»; para los conductores homicidas, el **art. 385 CP** se refiere al «vehículo a motor o el ciclomotor utilizado»; para el cohecho y tráfico de influencias, el **art. 431 CP** menciona «las dádivas, presentes o regalos»; y para el delito de contrabando, el **art. 5 LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando**, menciona «las mercancías que constituyan el objeto del delito», «los materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos», «los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito», «las ganancias obtenidas del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar» y «cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión del delito».

No obstante, a pesar de aquella definición legal del comiso, y de estas disposiciones específicas para determinados delitos, conviene distinguirlo de las medidas cautelares previstas en la LECr (arts. 334 ss.), que se pueden decretar durante el procedimiento<sup>509</sup>. El comiso supone la *pérdida definitiva por sentencia*, mientras que dichas medidas cautelares tienen carácter provisional<sup>510</sup>.

3. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha introducido varias novedades en la regulación del comiso<sup>511</sup>. Por lo que se refiere a los objetos sobre los que puede recaer el comiso hay que destacar la introducción de un **nuevo**

374 del Código Penal», RGD 1998, 83 ss. Y antes del CP/1995, entre otros, MENA ÁLVAREZ, «El comiso del artículo 344 bis e)», *CDJ* 1992, t. XXI, 307 ss.

509. Véase, al respecto, entre otros MARONDA FRUTOS/TENA FRANCO, «El comiso y secuestro de objetos para fines probatorios no cautelares», *CDJ* 1996, t. XII, 197 ss.

510. No obstante, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha previsto, para el tráfico ilegal de drogas, que los bienes decomisados puedan ser enajenados, aun sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en algunos supuestos (**art. 374.2 CP**).

511. Sobre las novedades que ha introducido esta Ley en la regulación del comiso, véanse, entre otros, AGUADO CORREA, «La regulación del comiso en el Proyecto de Modificación del Código Penal», REPC 05-04 (2003); PUENTE ALBA, «La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal», AP 2003, 981 ss.; RAMÓN RIBAS, «La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria», EPC t. XXIV (2004), 517 ss.

**apart. 2 del art. 127 CP**, en virtud del cual «si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho».

Este *comiso subsidiario o por valor equivalente* (también previsto para el tráfico de drogas en el **art. 374.1.4ª y 5ª CP**) tiene como *ventajas* el hecho de dar una solución a aquellos casos en los que el responsable haya consumido, destruido u ocultado los bienes decomisables, y también permite resolver adecuadamente aquellos casos en los que los bienes no pudiesen ser decomisados por haber sido adquiridos legalmente por un tercero de buena fe no responsable del delito. No habría diferencia de trato entre el responsable criminal que conserva el objeto del comiso y aquel que no lo hace. Sin embargo, presenta dos *inconvenientes* que, a mi juicio, hacen muy discutible esta disposición. Por un lado, el comiso se puede extender a otros bienes del patrimonio de los responsables criminales que no presentan peligrosidad instrumental alguna, lo cual se concilia mal con el fundamento de las consecuencias accesorias, en general, y del comiso, en particular. Además, para el caso de bienes cuyo origen sea las ganancias procedentes de la actividad criminal, ya estaría previsto comiso de las ganancias, en función de su fundamento que es la prohibición de un enriquecimiento ilícito. Pero si se trata de bienes adquiridos lícitamente no habría una razón que justificase tal medida sobre esos objetos. Por otro lado, parece como si con esta disposición se estuviese recuperando la vieja y denostada pena de confiscación, aunque siempre se puede acudir, para evitar los efectos confiscatorios del comiso por valor equivalente, a lo dispuesto en el **art. 128 CP**, que luego veremos.

A mi modo de ver, lo que se produce con el **art. 127.2 CP** es algo similar a lo dispuesto en el **art. 31.2 CP** para la pena de multa (*supra* § 18.5.3). Son disposiciones en las que se confunden instituciones de naturaleza penal con otras de carácter civil por puro afán recaudatorio. Más que a fines político criminales dichas disposiciones obedecen a fines de política financiera.

4. La expropiación patrimonial que comporta el comiso puede que haya influido en su configuración tradicional (ya desde el CP/1822, anterior, por tanto, a la aparición de las medidas de seguridad), como pena (accesoria).

Sin embargo, la atribución de esta naturaleza dejaba sin una respuesta adecuada, no sólo a la criminalidad de inimputables (pensemos particularmente en los delincuentes toxicómanos), sino también a la criminalidad en la empresa, pues en estos casos podía suceder que no se pudiese formular un juicio de culpabilidad a nadie, que es el fundamento de la pena. El ámbito de aplicación del comiso se reducía, por tanto, las personas físicas imputables.

Para evitar la impunidad que en la práctica podía comportar en estos casos dicha naturaleza, el CP/1995 adoptó la decisión de cambiarla, pasando de tener la consideración de pena accesoria a la de «consecuencia accesoria»<sup>512</sup>. Pero que se haya producido este cambio no quiere decir que el comiso no pueda producir efectos preventivos a las personas físicas, como los que se suele asignar a una pena. Particularmente estos efectos, sobre todo los de carácter general, se ponen de manifiesto en el seno de la criminalidad organizada, para la que el comiso de los efectos, instrumentos y ganancias procedentes de la actividad criminal puede tener tanta o más importancia que la imposición misma de una pena<sup>513</sup>. De este modo, se evita que la falta de una respuesta adecuada se convierta en un factor criminógeno de la proliferación de delitos económicamente rentables.

## b) *Presupuestos*

### i. *Accesoriedad respecto del hecho previsto como infracción penal*

En primer lugar, para la aplicación del comiso se requiere la previa realización de un *hecho previsto por la ley como infracción penal*.

El **art. 127.1 CP** comienza diciendo que «toda pena que se imponga por delito o falta dolosos llevará consigo...». Esto parece indicar que el comiso

512. Sobre este cambio, véase, entre otros, RAMÓN RIBAS, EPC t. XXIV (2004), 517 ss., con ulteriores referencias.

513. Véanse, al respecto, entre otros, HUBER, «El comiso de las ganancias en el derecho penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas», AP 1990, 163 ss.; VERVAELE, «Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en Derecho Penal?», RP 2 (1998), 67 ss.

sería accesorio respecto de la pena, es decir, que sería necesaria la declaración de culpabilidad de una persona por lo menos, para poder decretar el comiso. Sin embargo, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha introducido, en este punto, otra novedad de gran calado en la regulación del comiso. El **apart. 3 del art. 127 CP** permite ahora que el juez o tribunal pueda acordar el comiso «aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita». Esta nueva disposición ha cambiado la accesoriedad del comiso respecto de la pena, por la accesoriedad respecto del hecho previsto como infracción penal en el CP o en otras leyes penales.

En cuanto a la infracción penal, ésta puede ser tanto consumada, intentada o preparada<sup>514</sup>, pero en todo caso tienen que ser un delito o falta «doloso». En este punto la regulación del comiso guarda un paralelismo con la incriminación limitada de la imprudencia en el CP (art. 12 CP), lo cual resulta acertado en virtud de la excepcionalidad de la intervención penal, sólo para los casos más graves, que se deriva no sólo del principio de intervención mínima, sino también del principio de proporcionalidad.

## ii. Carácter obligatorio del comiso

En segundo lugar, el comiso tiene carácter obligatorio si se comprueba que el bien ha sido utilizado para la comisión del delito, o que su origen está en la comisión de un delito. En este punto se plantea la disyuntiva de si, haciendo un paralelismo con los delitos de peligro, es necesaria una peligrosidad en concreto del bien objeto del comiso para poder decretarlo, o si, por el contrario, sería suficiente una peligrosidad en abstracto del mismo.

Comparto la opinión manifestada, entre otros autores, por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIEDO, para quien el juicio de peligrosidad objetiva lo habría formulado

514. Ha sido una novedad introducida por la LO 15/2003, que los instrumentos decomisables puedan ser los que se hayan utilizado para preparar el delito y no sólo los que se hayan utilizado para ejecutarlo. Abarca, por tanto, los supuestos de actos preparatorios punibles, pero también, los no punibles, dotando al comiso de una extraordinaria extensión, aunque pueda ser paliada por algunas excepciones que veremos luego.

ya, de modo abstracto, el legislador, al establecer el carácter obligatorio del comiso<sup>515</sup>. Para este autor, si bien *de lege ferenda* le parece “suscribible” la opinión que sostiene la necesidad de que se compruebe que la cosa sea peligrosa y de que se pueda emplear en el futuro para cometer nuevas infracciones penales –y que nosotros también compartimos–, sin embargo, considera que *de lege lata*, dada “la imperatividad con que se expresa el art. 127 a lo largo de su texto («llevará», «serán», «se venderán», «aplicándose», «se dará», «se inutilizarán»)” no permite su admisión. Cuando la ley ha querido eludir ese rigor lo ha hecho expresamente, por lo que parece que la ley ha establecido una regla general (la obligatoriedad de decretar el comiso), sin más excepciones que las expresamente admitidas por la propia ley. Además, dentro de estas excepciones no se encuentra la peligrosidad del objeto<sup>516</sup>.

Esto no quita, como resalta este mismo autor, que quepa extraer al comiso del sometimiento a los principios acusatorio y de contradicción, como garantía del justiciable, por lo que todos y cada uno de los extremos del mismo deben poder debatirse en el proceso, y en particular, la prueba de que los instrumentos o efectos sean realmente aquellos con los que se ha preparado o ejecutado el delito o falta o que las ganancias verdaderamente provengan de uno u otra.

### c) Excepciones

El comiso tiene, por tanto, como regla general, carácter obligatorio, pero existen un par de excepciones a esta obligatoriedad en su imposición.

#### i. Bienes pertenecientes a un tercero no responsable penalmente adquiridos legalmente

La primera excepción se encuentra recogida en el **art. 127.1 párr. 2º CP**, el cual se refiere a los efectos, instrumentos y ganancias que «perte-

515. En cambio, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*<sup>3</sup>, 499, sostiene que “debe procederse a una interpretación teleológica restrictiva del artículo 127 de acuerdo con el fundamento y la finalidad del comiso, y dejar de aplicarlo siempre que la cosa no sea peligrosa y no se compruebe la probabilidad de que sea utilizada en el futuro para la comisión de nuevos hechos antijurídicos”.

516. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «El comiso», LL 2002-3, 1565-1566.

nezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente»<sup>517</sup>.

Tres son los *requisitos* de esta excepción<sup>518</sup>:

- Que dicha pertenencia sea «de buena fe». Según MANZANARES SAMANIEGO, la expresión no parece muy afortunada, por lo indeterminado de la misma. No obstante, la buena fe se presume, tendiendo que demostrar la acusación la mala fe. “No habrá buena fe –dice este autor– cuando el tercero, aun sin ser responsable criminal del delito doloso, haya facilitado culpablemente la ejecución proporcionando el instrumento comisivo, o cuando haya adquirido aquél o los *producta scæleris* conociendo su origen y, en consecuencia, su carácter inicialmente decomisible” (AP 1997, 533).
- Que el tercero «haya adquirido legalmente» los efectos, instrumentos y las ganancias. Según MANZANARES SAMANIEGO, esta exigencia mezcla los requisitos subjetivos con la problemática civilista de los modos de adquirir el dominio. En cualquier caso, considera que la adquisición contemplada en este precepto se refiere a la “posterior a la comisión del delito, lo que dejaría fuera de la previsión a los instrumentos adquiridos por el tercero antes de su uso criminal” (AP 1997, 533).
- Y que no sea «responsable del delito». Se trata, según MANZANARES, “una obviedad traída de los viejos textos”, pues si fuese responsable penal entonces no sería tercero.

## ii. Proporcionalidad del comiso

Como es sabido, la reforma urgente y parcial del ACP de 1983 pretendía ajustar nuestro sistema jurídico a las exigencias derivadas del prin-

517. Para los delitos relacionados con el narcotráfico, el **art. 374.3 CP** no establece limitación alguna al juez o tribunal para poder decretar, si así lo considera oportuno, «la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos». De todas formas, en caso de un tercero no responsable que haya adquirido los bienes de buena fe, creo que esta disposición habría que coordinarla con el comiso por valor equivalente, que también está previsto para los delitos de narcotráfico en el **art. 374.1.4ª y 5ª CP**.

518. Sobre estos aspectos, véase, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», AP 1997, 521 ss.

cipio de culpabilidad, que por un lado, comporta la necesidad de una referibilidad subjetiva del hecho al autor, pero por otro, la necesidad de proporcionar la sanción penal a la gravedad del hecho y a la culpabilidad de su autor. Estos razonamientos debieron influir en la modificación del art. 48 ACP llevada a cabo por la LO 8/1983, de 25 de junio, que introdujo un párr. 2º, en virtud del cual se permitía al Juez o Tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente, cuando «no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal». Este modo de proceder se entiende aún más si se tiene en cuenta que en la anterior regulación el comiso era una pena accesoria.

En cambio, el CP/1995 deja de concebir a éste como una pena, sin embargo, ello no ha supuesto abandonar las exigencias de proporcionalidad en este ámbito. El **art. 127.4 CP** establece, de modo general, que lo que se obtenga de los bienes decomisados se aplicará a la satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto*. Por ello, y de modo coherente con este punto de partida, el **art. 128 CP** prevé la posibilidad de que cuando los efectos e instrumentos decomisados sean de lícito comercio «y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente».

El CP/1995 ha venido a añadir al criterio ponderativo introducido en 1983 de «guardar proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal», el de que «se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles». Parece razonable que si los efectos del comiso se aplican a la responsabilidad civil, según el art. 127.4 CP, no sea entonces necesario aplicarlo si dicha responsabilidad ya ha sido satisfecha, pues de lo contrario podría incurrirse en *bis in idem*.

Estas disposiciones son extensibles también a los otros preceptos relativos al comiso (arts. 385 y 431 CP). Sin embargo, de esta adecuada cláusula de ponderación se aparta la regulación del comiso para los delitos relacionados con el narcotráfico. Según el **art. 374.4 CP** se deja claramente de manifiesto que, los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia «no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales».

#### d) *Destino de los bienes decomisados*

El comiso entraña la pérdida definitiva de los bienes decomisados y su adjudicación a favor del Estado. Sin embargo, este último efecto del comiso debe ser objeto de alguna matización.

El **art. 127.4 CP** regula el destino de los bienes decomisados, y distingue según que sean de lícito comercio o no. Si fuesen de *lícito comercio* «se venderán..., aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa». No obstante, hay que tener en cuenta la excepción prevista en el **art. 128 CP**, que, como hemos visto, permite no decretar el comiso si el penado ya tiene satisfechas completamente sus responsabilidades civiles.

Si *no fuese de lícito comercio*, entonces, «se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su caso, se inutilizarán»<sup>519</sup>. A este respecto hay que tener en cuenta las disposiciones específicas relacionadas con el tráfico ilegal de drogas, en particular, sobre su destrucción (**arts. 338 LECr y 374.1.1ª CP**)<sup>520</sup> y la constitución de un fondo de titularidad estatal formado por bienes decomisados procedentes del narcotráfico, blanqueo de capitales y de contrabando, con la finalidad de mejorar los programas de prevención de toxicomanías, de asistencia de drogodependientes y de inserción social y laboral de éstos, así como de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los mencionados delitos<sup>521</sup>.

519. Véase el RD 2783/1976, de 15 de octubre, sobre destino de las piezas de convicción.

520. La redacción actual del art. 338 LECr se debe a la aprobación de la Ley 21/1994, de 6 de julio, en materia de destrucción de droga decomisada; y de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la cual ha hecho extensibles las disposiciones introducidas por aquella ley también a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

Sobre la destrucción de la droga, véase, entre otros, GIMÉNEZ GARCÍA, «La ocupación de la droga. Destrucción», *CDJ* 1992 t. XXI, 261 ss.

521. Véase la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, que ha venido a sustituir a la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, sobre la Creación de un Fondo procedente de los Bienes Decomisados por Tráfico de Drogas y Otros Delitos Relacionados, y la Ley 61/1997, de 19 de diciembre, de modificación de ésta.

### 3. Consecuencias aplicables a las personas jurídicas

#### a) Consideraciones previas

A pesar de que cada vez aumenta el número, no sólo de autores<sup>522</sup>, sino de ordenamientos jurídicos<sup>523</sup>, que admiten la responsabilidad de las personas jurídicas, comparto la opinión de la doctrina española mayoritaria de que la introducción del art. 129 CP ha pretendido salir al paso del peligro que pueden representar las personas jurídicas para la comisión de delitos, pero sin cuestionar el principio *societas delinquere non potest*<sup>524</sup>. Así se desprende, entre otras razones, pero sobre todo, del art. 31 CP *a sensu contrario*, y del propio tenor del art. 129 CP. El art. 31 CP pretende superar la impunidad que se plantearía en los delitos especiales, por la estricta vigencia del principio de legalidad, cuando las condiciones personales para ser sujeto activo requeridas por la ley sólo concudiesen en la persona en cuyo nombre se actúa, pero no en quien actúa por ella. Si se reconociese la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una disposición semejante resultaría innecesaria. Pero además, el propio art. 129 CP ofrece argumentos en contra de la responsabilidad de las personas jurídicas, pues cuando alude, en el apart. 3, a «prevenir la continuidad en la actividad delictiva», no se refiere a la actividad delictiva de la persona jurídica, sino a una peligrosidad instrumental, de modo similar a como lo hemos interpretado en el comiso, si bien en este caso, la peligrosidad se refiere a la persona jurídica para ser utilizada como medio para la comisión de delitos, y no a una peligrosidad criminal que ella misma pudiese encerrar. Todo ello además sin olvidar las dificultades de carácter dogmático que existen a la hora de poder apreciar capacidad de acción u omisión y de culpabilidad en la

522. Además de las referencias citadas *supra* § 43.1, véase también ZUGALDÍA ESPINAR, *PG*<sup>2</sup>, 944 ss., con más referencias.

523. De los últimos que han admitido la responsabilidad de las personas jurídicas se encuentra, desde octubre de 2003, el suizo (art. 100 *quater* CP suizo).

524. Por todos, entre otros, MIR PUIG, «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *LH-Ruiz Antón* (2004), 743; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *LH-Cerezo Mir* (2002), 1128 ss.; TAMARIT SUMALLA, *LH-Cerezo Mir* (2002), 1162 s.

persona jurídica, así como la incompatibilidad de tal reconocimiento con los tradicionales fines que se asignan a la pena.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas suele reclamarse para resolver la hipocresía que significa condenar a inocentes para así poder condenar civilmente también a la persona jurídica para la que trabaja [*supra* § 41.3.b).4], o la dificultad de individualizar la autoría y participación de las personas físicas en la comisión de ciertos delitos en el seno de una persona jurídica. Con esto no se pretende eludir la responsabilidad penal en que hayan podido incurrir las personas físicas concretas. Sin embargo, la eliminación del principio *societas delinquere non potest* traería consigo, a juicio de la doctrina, el riesgo calculado de crear un conformismo con el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y por consiguiente, el abandono de una investigación sobre la persona o personas físicas que hayan utilizado delictivamente a la persona jurídica<sup>525</sup>.

Pero el que no se pueda declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas no quiere decir que no exista alguna posibilidad de que el Derecho penal intervenga para prevenir la criminalidad en el seno de las mismas. Precisamente una de las novedades más destacadas que ha introducido el CP/1995 en el sistema español de las consecuencias jurídicas del delito ha sido la introducción de un precepto relativo a una serie de consecuencias aplicables a entes colectivos<sup>526</sup>. Estas medidas se encuentran recogidas con carácter general en el **art. 129 CP** dentro del Tít. VI del Lib. I del CP, bajo la rúbrica «de las consecuencias accesorias».

No vamos ahora a examinar la naturaleza de las medidas previstas en el art. 129 CP (*supra* § 43.1). Ahora sólo vamos a detenernos en los presupuestos para su aplicación y en el examen de las diversas consecuencias que se han previsto en dicho precepto.

525. Con más detalles, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, LH-Cerezo Mir (2002), 1136 ss.

526. Además de los trabajos ya citados, véanse también MAPELLI CAFFARENA, «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», RP 1 (1998), 43 ss.; RAMÓN RIBAS, «Principio de legalidad y nuevas consecuencias penales», RdPP 11 (2004), 193 ss.; SERRANO TÁRREGA, «Las consecuencias accesorias para empresas», en AAVV, *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*, Ed. Diario Expansión, Madrid, 1999, 83 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, «Persona jurídica y consecuencias accesorias», RdPP 8 (2002), 103 ss.

## b) Presupuestos

El **art. 129.1 CP** comienza del siguiente modo: «El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo<sup>527</sup>, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias...».

### i. Sistema de *numerus clausus*

El primer aspecto que hay que resaltar de la regulación de estas «consecuencias accesorias» es que el Juez o Tribunal las puede imponer **sólo en los casos expresamente previstos** en el CP.

Originariamente el CP/1995 había previsto estas consecuencias accesorias del art. 129 para los delitos de *prostitución* (**art. 194**: sólo la clausura de los establecimientos o locales); de *tráfico de niños* (**art. 221**: sólo la clausura de los establecimientos o locales); para los delitos relativos la *propiedad intelectual* y la *propiedad industrial* (**arts. 271 y 276**: sólo el cierre de la industria o el establecimiento); para los delitos contra el *mercado* y los *consumidores* (**art. 288**)<sup>528</sup>; para el delito societario de *obstrucción de la actividad inspectora de la Administración* (**art. 294**); para la *receptación* de delitos y de faltas (**arts. 298.2 y 299.3**: sólo la clausura de establecimientos o locales); para el *blanqueo de capitales* (**art. 302**: inicialmente estaban previstas sólo la disolución de la organización, la clausura de los esta-

527. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, en coordinación con la modificación llevada a cabo en el art. 31 CP, ha añadido esta salvedad en el art. 129.1 CP. Creo que esta expresión es un argumento más para no calificar la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica en el pago de la multa ni como pena, ni tampoco como una consecuencia accesoria, sino más bien como una especie de cláusula de responsabilidad civil subsidiaria en favor del Estado, que no cumple los fines propios de las consecuencias accesorias, sino que tiene un puro afán recaudatorio (*supra* § 18.5.3).

528. Tras la LO 15/2003 ha desaparecido de los delitos relativos a la propiedad intelectual y la industrial la referencia al cierre de la industria o establecimiento. Sin embargo, hay que entender que el art. 288 CP ahora comprende aquellos delitos además de los delitos contra el mercado y los consumidores, pudiéndose decretar en cualquier de ellos todas las consecuencias previstas en el art. 129 CP.

blecimientos o locales, la suspensión de las actividades y la prohibición de realizar determinadas actividades)<sup>529</sup>; para los delitos contra el *medio ambiente* (**art. 327**: sólo las letras a) o e) del art. 129, esto es, la clausura de los establecimientos o locales y la intervención de la empresa); para los delitos contra la *salud pública* (**art. 366**: sólo la clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local); para el *tráfico ilegal de drogas* (**art. 370**: inicialmente estaban previstas sólo la disolución de la organización, la clausura de los establecimientos o locales, la suspensión de las actividades y la prohibición de realizar determinadas actividades)<sup>530</sup>; para el *tráfico de influencias* (**art. 430**: sólo la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho, y la clausura de sus dependencias); para las *asociaciones ilícitas* (**art. 520**); y para el *depósito de armas, municiones y explosivos* (**art. 569**).

Posteriormente tales posibilidades se han ido ampliando a otros ámbitos delictivos. Así, por LO 11/2003, de 29 de septiembre, para los delitos contra los derechos de los *trabajadores* (**art. 318**) y para los delitos contra los derechos de los *ciudadanos extranjeros* (**art. 318 bis**); y por LO 15/2003, de 25 de noviembre, para los delitos relativos a la *manipulación genética* (**art. 162**); la *pornografía infantil* y la *corrupción de menores* (**art. 189**)<sup>531</sup>;

529. Tras la LO 15/2003 para el tipo básico de blanqueo de capitales (art. 301.1 CP) está prevista la clausura de los establecimientos o locales; y para el tipo agravado de blanqueo de capitales cuando se pertenezca a una organización criminal está prevista una remisión *in toto* al art. 129 CP y además la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios y de incentivos fiscales o de la Seguridad Social (respecto de esta otra consecuencia, que calificamos también de accesoria, *supra* § 43.1.1).

530. Tras la LO 15/2003 para los tipos agravados de tráfico de drogas cuando el autor pertenezca a una organización criminal o se realice en locales o establecimientos abiertos al público, los arts. 369.2 y 371.2 CP han previsto ahora lo mismo que para el tipo agravado de blanqueo de capitales a que nos acabamos de referir, esto es, una remisión *in toto* al art. 129 CP y además la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios y de incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

531. Tras la LO 15/2003 se ha ampliado la posibilidad de aplicar las demás consecuencias accesorias del art. 129 CP, y no sólo la clausura temporal o definitiva de los locales o establecimientos, que ya estaba prevista en el art. 194 CP para éstos y también otros delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

la *alteración de precios en concursos y subastas públicas* (**art. 262**); la *falsificación de moneda* (**art. 386**); y la *corrupción en las transacciones internacionales* (**art. 445**).

Se ha optado, por tanto, por un sistema de *numerus clausus* similar al que se ha previsto para la incriminación de la imprudencia y de los actos preparatorios. Este sistema tiene la ventaja de que ofrece una mayor seguridad jurídica, pues establece claramente en qué supuestos no puede nunca aplicarse una de estas consecuencias accesorias. Pero como contrapartida, tiene el inconveniente de su rigidez, pues puede quedar desatendida la peligrosidad instrumental de la persona jurídica en otros ámbitos delictivos no previstos por el legislador.

#### ii. Accesoriedad respecto del hecho previsto en la ley como delito

Como segundo aspecto que hay que resaltar de estas consecuencias accesorias es que su accesoriedad va referida a la previa comisión de un hecho previsto en la ley como delito.

La accesoriedad de las consecuencias previstas en el art. 129 CP es una cuestión debatida en la doctrina. Unos autores consideran que estas consecuencias son accesorias de la imposición de una pena. Otros, en cambio, entienden que no es necesario que se imponga una pena, es decir, serían accesorias no de la pena, sino del delito. Y por último hay quien considera que habría que distinguir la accesoriedad en función de cómo se haya previsto en concreto cada consecuencia en la Parte Especial del Código: unas veces exigirían la previa imposición de una pena, otras no lo requerirían, y otros casos serían dudosos.

En este punto seguimos la opinión de DE LA FUENTE HONRUBIA, para quien, aunque puede haber supuestos dudosos, sin embargo, para el resto de casos sería suficiente con que la conducta fuese típicamente antijurídica, sin que sea necesario que además tuviese que ser culpable y punible<sup>532</sup>.

A mi juicio, y haciendo una interpretación similar para todas las consecuencias accesorias del Tít. VI, creo que el cambio que ha experimentado el comiso por la LO 15/2003, viene a reforzar este punto de vista. En efecto,

532. DE LA FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias accesorias*, 140 ss.

el **apart. 3 del art. 127 CP** permite ahora que el juez o tribunal pueda acordar el comiso «aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal...». Esta nueva disposición ha cambiado la accesoriadad del comiso respecto de la pena, por la accesoriadad respecto del hecho previsto como infracción penal en el CP o en otras leyes penales [*supra* § 43.2.b).i.].

iii. La peligrosidad instrumental: la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad de su prevención

1. Al igual que para el comiso de los medios o instrumentos del delito, las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP se fundamentan en la idea de peligrosidad, en este caso, de una organización (una estructura de medios) incapaz de delinquir por sí misma, pero que puede volver a ser utilizada por una persona física en la comisión de delitos.

El **art. 129.3 CP** orienta en este sentido la finalidad de estas consecuencias: «Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma».

A tales efectos, el Juez o Tribunal deberá hacer, en primer lugar, un **juicio de peligrosidad** de la persona jurídica para servir como instrumento en la comisión de nuevos delitos. La consecuencia accesoria será *necesaria* siempre y cuando exista peligrosidad instrumental que prevenir. Para ello podrá tener en cuenta, entre otros criterios<sup>533</sup>, el carácter y la entidad de los hechos delictivos realizados utilizando la persona jurídica, la frecuencia de los mismos (si ha sido puntual o reiterada), si su única finalidad al crearla ha sido facilitar la actividad delictiva o cumple también otros cometidos, otros posibles controles que se hayan impuesto con carácter previo (si han sido o no eficaces), etc.

Constatada la peligrosidad instrumental, deberá proceder entonces a realizar un **juicio acerca de la idoneidad** de la consecuencia que se pretende adoptar para prevenir dicha peligrosidad. Conforme a ello, el juez debe optar por aquella consecuencia que mejor se adecue al objetivo que persi-

533. DE LA FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias accesorias*, 102.

guen, que es prevenir la peligrosidad instrumental de la persona jurídica. Sólo será *necesaria* aquella consecuencia que la prevenga, y sólo mientras la misma perdure.

Y en tercer lugar, y después de haber comprobado la idoneidad de la misma, deberá entonces llevar a cabo también un **juicio de proporcionalidad en sentido estricto**, o lo que es lo mismo, un examen de **prohibición del exceso** o de la *necesidad en concreto* de la consecuencia que se pretende adoptar. En materia de consecuencias accesorias esto se plasmaría en los siguientes aspectos:

- A diferencia del comiso, estas consecuencias no están previstas para todo delito, sino sólo en aquellos casos en los que así lo contemple expresamente el CP (sistema de *numerus clausus*).
- Dentro de los supuestos previstos expresamente por la ley, se observa también que no siempre se hace una remisión completa al catálogo de consecuencias del art. 129, sino sólo a alguna de ellas.
- De ser varias las consecuencias aplicables, y el juez pueda escoger entre varias (lo cual no siempre podrá hacerlo, bien porque la imposición de una sea imperativa<sup>534</sup>, bien porque no todas sean idóneas para conseguir la prevención de la peligrosidad instrumental), deberá optar por la menos restrictiva para la persona jurídica, o para terceros implicados. Si son suficientes medidas de carácter temporal, por ejemplo, no sería necesario acudir a otras que fuesen definitivas.
- E incluso, dentro de las consecuencias de carácter temporal, el legislador ha previsto una duración máxima para las mismas de 5 años, y ello con independencia de la duración de la pena que se hubiese impuesto al autor del delito correspondiente, porque, como es sabido, la proporcionalidad para la pena no se limita en función de la prevención de la peligrosidad, sino de la retribución de la culpabilidad del autor.

534. Con carácter general, y en sentido inverso al previsto para el comiso, la aplicación de estas consecuencias es facultativa. Así se desprende del tenor del art. 129.1 CP y de los correspondientes preceptos de la Parte Especial. Sin embargo, excepcionalmente algunas son de carácter imperativo, a tenor de lo dispuesto en los arts. 520 y 569 CP.

2. Antes de la adopción de cualquier consecuencia accesoria, el juez o tribunal deberá dar «audiencia a los titulares o sus representantes legales» (art. 129.1 CP). Según DE LA FUENTE HONRUBIA, no sería suficiente que se diese audiencia a la persona jurídica, a los solos efectos de formular alegaciones, sino que, puesto que de la adopción de las consecuencias accesorias del art. 129 CP se pueden derivar restricciones en sus derechos, la persona jurídica debe ser también parte en el proceso, y debe tener una posición igual que la del acusado, de tal modo que le permita ejercer legítimamente su derecho de defensa frente a la acusación que se formule<sup>535</sup>.

### c) Clases

1. El **art. 129.1.a) CP** ha previsto como primera consecuencia accesoria la «clausura de la empresa, sus locales o establecimientos». Esta consecuencia es la que más veces se ha previsto en la Parte Especial del CP, ya sea por remisión completa al art. 129 CP, ya sea porque se contempla expresamente.

El *objeto* sobre el que puede recaer es la «empresa», entendida no necesariamente en sentido mercantil; los «establecimientos», que estarían aludiendo a los lugares donde se ejerce una actividad mercantil; y los «locales», que harían referencia a aquellos lugares en donde se ha desarrollado la actividad delictiva sin que sea necesario que se ejerza en los mismos una actividad mercantil.

La *duración* de esta consecuencia es «temporal o definitiva». «La clausura temporal no podrá exceder de cinco años» [art. 129.1.a) CP].

Su *contenido* consiste en el precinto de la empresa, que conlleva la de todos sus locales, establecimientos, dependencias, sucursales, etc., o bien el de sólo unos locales o establecimientos determinados.

2. El **art. 129.2.b) CP** prevé, en segundo lugar, la «disolución de la sociedad, asociación o fundación». Aunque en el catálogo de las consecuencias del art. 129 CP figure en segundo lugar, en realidad debería ocupar el

535. DE LA FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias accesorias*, 162 ss.

primer puesto, porque se trata de la consecuencia más grave que se puede imponer. Supone la extinción de la persona jurídica, o lo que es lo mismo su muerte civil. Esta consecuencia se ha previsto con carácter preceptivo para los casos de organizaciones de actividad ilícita (arts. 520 y 569 CP).

El *objeto* sobre el que recae es la sociedad, que puede definirse como se hace para los delitos societarios en el art. 297 CP<sup>536</sup>; y para las asociaciones y fundaciones puede utilizarse el concepto que de las mismas se desprende en las leyes específicas que las regulan<sup>537</sup>.

No tiene un tiempo de *duración*, sino que sus efectos son permanentes.

Su *contenido* consiste en el precinto de los locales y establecimientos, del embargo de todos los bienes, y en la liquidación de la sociedad, asociación o fundación.

3. El **art. 129.1.c) CP** contempla, en tercer lugar, la «suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación».

El *objeto* sobre el que puede recaer es la sociedad, empresa, fundación o asociación, que ya han sido definidos.

Su *duración* es siempre temporal, y «no podrá exceder de cinco años».

Su *contenido* consiste en la cesación temporal del conjunto de operaciones o tareas que pueda realizar la sociedad, empresa, fundación o asociación. No obstante, y para diferenciar esta consecuencia de la prevista en la letra a) del art. 129.1, la sentencia o el auto en que se adopte deberá

---

536. **Art. 297 CP:** A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.

537. Para las asociaciones véase el **art. 5.1 LO 1/2002, de 22 de marzo, que regula el derecho de asociación**, según el cual «las asociaciones se constituyen mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular, y se dotan de los Estatutos que rigen el funcionamiento de la asociación».

Y para las fundaciones véase el **art. 2.1 LO 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones**, según el cual «son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general».

concretar las actividades que se dejan en suspenso. Y a diferencia de la prevista en la letra d) de este artículo, las actividades que ahora se suspenden pueden ser distintas de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido el delito<sup>538</sup>.

4. En cuarto lugar, el **art. 129.1.d) CP** prevé como consecuencia la «prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito».

La diferencia de esta consecuencia con la suspensión estriba en el ámbito de actividades a que se refieren una y otra. La suspensión, como hemos dicho, puede recaer sobre cualquier actividad de la organización. La prohibición, en cambio, solamente se refiere a actividades, operaciones o negocios determinados: los «de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito». El *objeto*, por tanto, se refiere a aquellas actividades que tengan relación con los delitos que se hayan cometido o con los que se quiera prevenir. Otra diferencia estriba en que la prohibición puede tener carácter definitivo, mientras que la suspensión sólo es temporal, lo cual puede explicar que únicamente ésta se pueda imponer también como medida cautelar.

La *duración* de esta consecuencia puede ser «temporal o definitiva». «Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años».

Y en cuanto a su *contenido*, podemos remitirnos a lo dicho con respecto a la suspensión, con la única matización que la cesación de actividades puede ser también de carácter definitivo y que tiene un ámbito de eficacia más reducido.

---

538. Por ejemplo, en el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la AN de 23 de agosto de 2002, donde se decretó como medida cautelar la suspensión por un período de tres años de las actividades de HB, se hizo de forma general, aunque concretando determinados aspectos de su aplicación a ciertas actividades de dicho partido político. Véase al respecto, por todos, DE LA FUENTE HONRUBIA, «Las consecuencias accesorias de clausura y suspensión de actividades. (Comentario al auto de 23-VIII-2002 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN)», RDPC 11 (2003), 339 ss.

5. Finalmente, el **art. 129.1.e) CP** prevé como última consecuencia la «intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario».

Su *objeto* es la empresa, que ya hemos comentado. Pero hay que aclarar que la finalidad de dicha intervención, además de la genérica de prevenir la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos, será la de «salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores».

La *duración* de la intervención es siempre temporal y no podrá exceder nunca «de un plazo máximo de cinco años».

Sobre su *contenido* el CP no ha establecido nada, llegándose a calificar por algún autor como una sanción en blanco. Todas las consecuencias previstas en las letras anteriores del art. 129.1 se podrían calificar también como intervenciones. A mi juicio, en lo que se concretaría esta consecuencia y que la diferenciaría de las demás es la sustitución de la administración de la empresa por una nombrada por el juez o tribunal. Conforme a ello, esta consecuencia puede regirse por lo dispuesto en la Secc. 7ª del Cap. III del Tít. IV del Lib. III de la LEC (arts. 630 ss.), relativa la «administración judicial».

Dado que lo que se persigue con esta consecuencia es «salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores», lo correcto sería decretar la administración judicial de la empresa, que como es sabido, se trata de una forma de garantizar el embargo. Dicha garantía puede decretarse en los supuestos previstos en los arts. 630.2 y 622.2 y 3 LEC, pero también, y es lo que ahora nos interesa, cuando el embargo recaiga sobre empresas (**art. 592.3 LEC**), cuando «atendidas todas las circunstancias, resulte preferible al embargo de sus distintos elementos patrimoniales». El **art. 630.1 LEC** detalla más dicha posibilidad y admite la constitución de una administración judicial «cuando se embargue alguna empresa o grupo de empresas o cuando se embargaren acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación»<sup>539</sup>.

539. Como ya puse de relieve [véase, ROCA AGAPITO, «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su incidencia en el ámbito penal», RDP 2 (2001), 29], este supuesto de administración judicial de empresas se encontraba regulado en el Decreto-Ley 18/1969,

d) *Medidas cautelares e incumplimiento.*

1. El carácter preventivo que impregna a todas estas consecuencias accesorias, y que el art. 129.3 CP concreta en la prevención de la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos, se observa también en la posibilidad de imposición cautelar de alguna de ellas. Naturalmente, aquellas consecuencias que comporten una decisión definitiva, como la clausura definitiva, la disolución o la prohibición definitiva de realizar en el futuro determinadas actividades, por su propia naturaleza, no se pueden imponer cautelarmente. Pero aun dentro de las consecuencias accesorias de carácter temporal, y en una manifestación más del principio de subsidiariedad en este ámbito, el **art. 129.2 CP** ha limitado la posibilidad de imponer como medidas cautelares, sólo la «clausura temporal» de la empresa, sus locales o establecimientos, y la «suspensión» de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación. Pero además, estas medidas cautelares sólo caben cuando los tipos de la Parte especial se remitan al catálogo completo del artículo 129 (arts. 288, 294.2, 318, 318 bis y 520) o a las consecuencias de los apartados a) o c) del art. 129 o cuando se prevea la medida cautelar expresamente (art. 194) o de modo genérico (art. 339).

2. El incumplimiento de las consecuencias accesorias no daría lugar a un delito de quebrantamiento de condena, sino a un delito (o falta) de desobediencia del art. 556 (ó 634) CP, e incluso, para la intervención de la empresa, es posible que se haya cometido un delito de malversación impropia del art. 435 CP, que absorbería el delito de desobediencia.

---

de 20 de octubre, sobre administración judicial en caso de embargo de empresas. No obstante, dicha regulación ha sido derogada expresamente por la LEC (Disp. Derog. Única, en su apart. 2.17º) y sustituida por los arts. 630 ss. LEC, que en términos generales viene a contener una regulación bastante similar a la anterior.



## CAPÍTULO XII

# Extinción de la responsabilidad criminal

## § 44. Consideraciones generales sobre las causas de extinción de la responsabilidad penal

### 1. Concepto y enumeración de las causas de extinción

1. El Lib. I del CP finaliza –y con ello concluye también la Parte General del mismo–, con un Título, el VII, que está dedicado a «la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos» (arts. 130 a 137).

Bajo esta rúbrica se comprenden una serie de circunstancias, en virtud de las cuales, aun después de haber cometido un delito, sin embargo, hacen que desaparezca el derecho del Estado a castigar por la infracción cometida, y paralelamente, se suprime también la obligación del sujeto de sufrir dicho castigo.

Así pues, estas causas de extinción de la pena se diferencian de las eximentes, como dice ANTÓN ONECA, “en que éstas suprimen un elemento del delito, mientras las extintivas parten del supuesto de la existencia de la infracción criminal con todos sus elementos constitutivos”<sup>540</sup>. Por tanto, las causas de extinción de la responsabilidad criminal presuponen la comisión

540. ANTÓN ONECA, *PG*<sup>2</sup>, 604.

de un hecho típicamente antijurídico, culpable y punible. Sin embargo, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha introducido como causa de extinción de la responsabilidad criminal también la «prescripción de la medida de seguridad» (art. 130.7º CP). Qué sentido tiene –se pregunta con razón BOLDOVA PASAMAR– que se declare que la prescripción de una medida de seguridad extingue la responsabilidad criminal por un hecho del que se puede estar exento de responsabilidad criminal. La única explicación satisfactoria que encuentra este autor es que la expresión «responsabilidad criminal» se está empleando en un “sentido impropio”<sup>541</sup>.

En realidad, se puede decir que la rúbrica que encabeza el Tít. VII del Lib. I del CP no es muy afortunada, y ello por dos razones. En primer lugar, como acabamos de indicar, porque parece un contrasentido hablar de extinción de la responsabilidad criminal cuando al sujeto que se le ha impuesto una medida de seguridad puede estar exento de la misma, según lo dispuesto en el art. 20 CP. Pero además, en segundo lugar, porque el contenido del Tít. VII del Lib. I no se refiere propiamente a los «efectos» que produce la extinción de la responsabilidad criminal, sino más bien a “un no-efecto”, como es “la permanencia registral transitoria de la responsabilidad criminal ya satisfecha”<sup>542</sup>.

2. La responsabilidad criminal se extingue, según lo dispuesto en el **art. 130 CP**<sup>543</sup>:

- «1º. Por la muerte del reo.
- 2º. Por el cumplimiento de la condena.
- 3º. Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de este Código.

541. BOLDOVA PASAMAR, en *Lecciones*<sup>3</sup>, 342.

542. LASCURAIN SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios*, 367.

543. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha modificado el art. 130 CP en tres importantes aspectos. En primer lugar, ha introducido como causa de extinción de la responsabilidad penal la remisión definitiva de la pena; en segundo lugar, ha cambiado el momento en que el perdón del ofendido puede tener eficacia extintiva; y en tercer lugar, como ya hemos comentado, se añade como causa de extinción de la responsabilidad criminal, junto a la prescripción de la pena, la prescripción de la medida de seguridad.

4º. Por el indulto.

5º Por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.

En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los jueces o tribunales, oído el ministerio fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz.

6º Por la prescripción del delito.

7º Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad».

## 2. Naturaleza de las causas de extinción

La naturaleza de las causas de extinción de la responsabilidad criminal ha sido siempre, y aún hoy sigue siendo, objeto de gran debate. La discusión gira, sobre todo, en torno a si dichas causas pertenecen al Derecho material o al Derecho formal. Y la cuestión no carece de importancia, porque la atribución de un elemento al Derecho penal o al Derecho procesal puede repercutir en un tratamiento jurídico diferente. Si falta un presupuesto jurídico-material de la punibilidad lo procedente es declarar la absolución. Si, por el contrario, lo que falta es un presupuesto de procedibilidad, lo que hay que hacer es declarar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones.

ANTÓN ONECA ha dividido las causas de extinción de la responsabilidad en función del momento en que surten sus efectos. Según este autor, unas causas actúan desde antes de la condena, haciendo imposible el nacimiento del proceso o interrumpiéndolo, como la prescripción del delito; otras causas, requieren la condena, y su eficacia es impedir o interrumpir su ejecución, como la prescripción de la pena o el indulto; y por último, existen otras causas que tienen aplicación antes o después de la imposición de la pena, como la muerte del reo [ANTÓN se refería al perdón del ofendido, pero

como la LO 15/2003 ha cambiado el momento de la eficacia del perdón a antes de haber dictado sentencia, no se puede incluir ya esta causa entre las mixtas]. Las del primer grupo tendrían carácter procesal; las del segundo, penal sustantivo, y las del tercero, mixto<sup>544</sup>. “El fundamento –según ANTÓN ONECA– sería que las causas extintivas anteriormente a la condena son obstáculo a la pretensión punitiva y tienen eficacia contra el proceso, aunque hubiera de terminar en sobreseimiento o absolucón, o sea, aunque el delito no hubiera tenido realidad, pues para promover el proceso no hace falta el delito real, basta el supuesto”. Aunque no se pronuncia terminantemente en contra de causas de naturaleza mixta, sin embargo, le parece evidente que el impedimento del proceso se produce por haber renunciado el Estado al derecho de castigar, por lo que “la extinción de la acción penal es una consecuencia o reflejo de haber desaparecido el derecho de castigar” (PG<sup>2</sup>, 605), es decir, que tendrían más bien carácter material que formal.

## § 45. Examen de las causas de extinción de la responsabilidad criminal

### 1. La muerte del reo

La primera de las causas de extinción que aparecen recogidas en el art. 130 CP es «la muerte del reo» (apart. 1º).

Por «muerte» hay que entender la muerte física, y no la declaración de fallecimiento (arts. 193 ss. CC), que sólo produce efectos civiles, sin perjuicio de la prescripción del delito o de la pena.

La doctrina coincide en señalar que la mención expresa de esta causa de extinción hoy en día resulta innecesaria, dada la vigencia del *principio de personalidad de la responsabilidad penal* que caracteriza al Derecho penal moderno. En virtud de este principio la responsabilidad penal sólo puede

<sup>544</sup>. ANTÓN ONECA, PG<sup>2</sup>, 604-605.

recaer sobre personas físicas vivas, de tal modo que no puede recaer sobre cadáveres ni tampoco puede trascender a los familiares más cercanos.

La muerte del delincuente puede tener lugar antes o después de su condena, por lo que más correcto hubiese sido no utilizar el término «reos», que presupone una condena. Por este motivo, hay quien ha sugerido que esta causa de extinción sólo sería aplicable en aquellos supuestos de fallecimiento posterior a la condena<sup>545</sup>, acudiendo en los demás a lo dispuesto en el art. 115 LECr, que determina a extinción de la acción penal. Sin embargo, tiene razón MIR PUIG cuando señala que teóricamente resulta posible considerar subsistente la responsabilidad penal tras la muerte del sujeto, como lo demostrarían los numerosos ejemplos históricos de condenas ejecutadas sobre cadáveres o la transmisión de las penas pecuniarias a los herederos. Sin embargo, como hemos señalado, dada la estricta vigencia del principio de personalidad de las penas, “la muerte del posible reo –concluye este autor– extingue no sólo la acción penal, sino también la posible responsabilidad penal que pudiera haber nacido, si lo cometió, del hecho punible”<sup>546</sup>.

La muerte extingue hoy toda clase de penas, incluidas también la multa. Pero la extinción de la responsabilidad por muerte no implica la de la responsabilidad civil (art. 115 LECr)<sup>547</sup>.

## 2. El cumplimiento de la condena

La segunda de las causas de extinción mencionada en el **apart. 2º del art. 130 CP** es «el cumplimiento de la condena».

También aquí hay coincidencia en señalar que resulta innecesaria su mención expresa, pues es obvio que la condena se impone con vocación de cumplimiento, de modo que resulta la manera más normal de extinguir la responsabilidad criminal.

Con la condena surge el derecho del Estado de castigar y paralelamente la obligación del reo de satisfacer la condena. Si éste cumple con su obli-

545. DEL TORO MARZAL, *Comentarios II*, 620

546. MIR PUIG, *PG*<sup>7</sup>, L. 33/5 s.

547. **Art. 115 LECr**: La acción penal se extingue por la muerte del culpable; pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil.

gación, se extingue entonces el derecho de aquél. Resulta una exigencia de justicia que el cumplimiento de la condena extinga la responsabilidad criminal, si no se quiere incurrir en *bis in idem*.

La «condena» o fallo condenatorio comprende no sólo una pena o una medida de seguridad, sino también otras consecuencias: las costas y la responsabilidad civil *ex delicto*. Puesto que estas consecuencias son de naturaleza procesal, la una, y civil la otra, sólo el cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad puede afectar a la responsabilidad criminal. El cumplimiento de las costas y de la responsabilidad civil no extinguen la responsabilidad criminal. Y del mismo modo, el cumplimiento de la pena y/o de la medida de seguridad no extingue la responsabilidad civil ni las costas. Así pues, por «cumplimiento de la condena» se puede entender más bien el cumplimiento del contenido del fallo condenatorio en cuanto a las penas y/o medidas de seguridad.

Delimitado así el contenido del cumplimiento de la condena como causa de extinción de la responsabilidad criminal, hay que decir que dentro de dicho cumplimiento hay que incluir tanto el período de libertad condicional, pues durante el mismo se está cumpliendo la pena de prisión, aunque sea en libertad (*supra* § 37.1), como también la pena sustitutiva de una pena de prisión (*supra* § 13.2).

### 3. La remisión definitiva de la pena

La tercera de las causas de extinción de la responsabilidad criminal recogida en el **art. 130.3º CP** ha sido introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, y se refiere a «la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de este Código».

Esta causa extintiva no es, en realidad, tan novedosa, puesto que la doctrina ya la incluía como uno de los modos de cumplimiento de la condena. Lo que ha cambiado con la reforma operada en 2003 ha sido más bien el régimen de la cancelación de los antecedentes penales, pasando a integrarse en el régimen general [*supra* §13.1.g)].

Por tanto, el cumplimiento de las condiciones en que se decretó la suspensión condicional de una pena privativa de libertad comporta también la

extinción de la responsabilidad criminal, pero no se tiene derecho, sin más, a la cancelación de los antecedentes penales, sino que habrá que estar a lo dispuesto en el art. 136.3 CP (*infra* § 46.2).

#### 4. El derecho de gracia: amnistía e indulto.

La cuarta de las causas que extinguen la responsabilidad criminal, según dispone el **art. 130.4º CP**, es «el indulto»<sup>548</sup>. El indulto es la única de las manifestaciones del llamado “derecho de gracia” que aún perdura en nuestro ordenamiento, y se puede conceptuar como un acto de renuncia por parte del Estado a ejecutar toda la pena o parte de ella, o de conmutación de la misma por otra menos grave. La amnistía, que era otra de las posibilidades de ejercicio del derecho de gracia, ya no resulta admisible en nuestro Derecho.

##### a) *El derecho de gracia como reminiscencia histórica*

El derecho de gracia constituye un vestigio del *ancien régime*, cuando la Justicia era administrada por el monarca absoluto a su capricho. Éste ejercía dicha potestad a través de los jueces, pero como titular de la acción penal, podía renunciar en cualquier momento a ejercitarla, como puro acto de clemencia por su parte.

En la actualidad, el derecho de gracia se ha mantenido como una posibilidad de intervención del Poder Ejecutivo en la esfera del Judicial, que en gran medida supone un atentado contra la división de poderes.

Han sido diversas las razones que se han aducido para justificar la facultad de perdonar al condenado, sin embargo, en la actualidad se puede decir que dichas razones han desaparecido en su mayor parte.

ANTÓN ONECA hablaba de cuatro tipos de razones para mantener el derecho de gracia. En primer lugar, cumple, según él, un fin de *política general*; en segundo lugar, un fin de *política criminal*; en tercer lugar, una misión

548. Sobre esta causa de extinción de la responsabilidad criminal, véase, por todos, LLORCA ORTEGA, *La Ley de Indulto*, 3ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

*correctiva de la función juzgadora*; y por último, puede tener un *valor penitenciario*<sup>549</sup>. Sin embargo, de estas cuatro misiones, quizás la única que todavía pueda seguir cumpliendo algún papel sea la tercera: la de servir como instrumento de corrección de fallos condenatorios inicuos, sea por insuficiencia de la ley, sea por uso indebido de la discrecionalidad judicial en materia de determinación de la pena, o sea por una dilación excesiva en la tramitación del proceso.

El fin de *política general* que ANTÓN atribuía al indulto creo que no tiene cabida en un Estado social y democrático como es España en la actualidad. En otros tiempos pudo tener su justificación<sup>550</sup>, pero hoy en día no. El fin de *política criminal* que estaría llamado a cumplir el indulto, a través del cual se anunciarían nuevas tendencias o reformas penales, tampoco es de recibo, porque tergiversa la división de poderes. Si el Gobierno considera que la política criminal que se desprende de las leyes vigentes en un determinado momento no es la adecuada, lo que tiene que hacer es acudir a la vía correspondiente para cambiar de política criminal, que no es otra que la parlamentaria: debería presentar un proyecto de ley de reforma del CP, y no dejar de aplicar penas que han sido impuestas legalmente. Y el *valor penitenciario* que pudiera tener creo que ha desaparecido desde que nuestro sistema penitenciario cuenta con un modelo progresivo de ejecución de la pena de prisión (*supra* § 34). La coexistencia de ambas instituciones puede resultar perturbadora. Mientras que en el sistema de clasificación en grados la obtención de la libertad obedece a razones de justicia (en este sistema se progresa de un grado a otro en función de una adecuada evolución del penado); en cambio, en el indulto la libertad se concede por la gracia del Poder Ejecutivo.

El indulto sólo debería admitirse como válvula de escape para amortiguar la presión que en un sistema de sanciones pueden producir condenas excesivamente rigurosas desde un punto de vista preventivo especial, y que desde una perspectiva preventivo general no esté vetada una remisión, total o par-

549. ANTÓN ONECA, *PG*<sup>2</sup>, 609.

550. Algunas referencias históricas, entre otros, en LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, Ed. Túcar, Valencia, 1976; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Amnistía e indultos*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, 1980; TOMÁS VILLARROYA, «Amnistías e indultos durante la Segunda República», *CPC* 1981, 89 ss.

cial, de la condena impuesta. En este sentido el indulto sería un instrumento de individualización de la pena del que dispone el Poder Ejecutivo<sup>551</sup>.

### b) Régimen jurídico del indulto

Pero que el Poder Ejecutivo pueda incidir en la esfera del Poder Judicial no quiere decir que pueda hacer lo que quiera. Como es sabido, ningún derecho (tampoco el de gracia) es un derecho absoluto. Si hubiese algún derecho absoluto, no habría más derechos. Lo que califica a una actividad como jurídica, es precisamente su sujeción a límites. Y dichos límites, en el caso del derecho de gracia, vienen establecidos por la Constitución, la ley y los reglamentos.

1. Concretamente, el régimen jurídico del indulto está constituido, en primer lugar, por lo dispuesto en el **art. 62 i) CE**<sup>552</sup>. Según este precepto, «corresponde al Rey: [...] i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales».

El derecho de gracia es un acto del Rey, pero, como todos los actos del Rey, está refrendado por el Presidente del Gobierno o por el Ministro de Justicia (**art. 64 CE**). Por lo tanto, se puede decir que su efectivo ejercicio reside en el Gobierno, de modo que la concesión se hará por Real Decreto que se publica en el BOE.

La Constitución también limita el derecho de gracia, que no será aplicable a la responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el **art. 102.3 CE**; y además, tampoco cabe la amnistía, en el sentido de un indulto general, según el propio **art. 62.i) CE**.

En realidad no es que no quepa la amnistía, sino que ésta ha dejado de entenderse como una manifestación del derecho de gracia. La amnistía<sup>553</sup>

551. En contra se pronunciaron correccionalistas españoles, como Concepción ARENAL [«El Derecho de gracia ante la justicia», RGLJ 54 (1879), 595 ss.; 55 (1879), 93 ss.], y también los positivistas, por considerar que los indultos eran contrarios a la individualización de la pena y a los intereses supremos de la defensa social.

552. Véase, al respecto, entre otros, AGUADO RENEDEO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Ed. Civitas, 2001.

553. El origen etimológico de esta palabra coincide, por cierto, con el de amnesia (del griego ἀμνησία), que significa pérdida o debilidad notable de la memoria.

supone un olvido legal del delito. Por medio de la ley se borra todo recuerdo del delito o de la pena impuesta. Por tanto, la amnistía se trata más bien de una potestad legislativa, que da lugar a un problema de sucesión de leyes penales en el tiempo.

2. En segundo lugar, el régimen jurídico del indulto se encuentra desarrollado, además de lo dispuesto en el **art. 130.4 CP**, en una ley decimonónica que aún sigue en vigor, y eso que se calificaba expresamente, igual que el CP/1870, como una ley provisional. Dicha ley es la **Ley de 18 de junio de 1870, que establece normas para el ejercicio de la gracia de indulto**<sup>554</sup> (=LI).

En principio, y salvo lo dispuesto en el art. 102.3 CE ya citado, el indulto se puede conceder para «toda clase de delitos» (incluyendo también las faltas) y se podrá extender a «toda o parte de la pena» que se hubiese impuesto (art. 1 LI). Sin embargo, para conceder un indulto es necesario que el beneficiario ostente la condición de penado, se encuentre a disposición del Tribunal<sup>555</sup>, y que no sea reincidente (art. 2 LI)<sup>556</sup>.

554. Esta Ley fue derogada por otra de 9 de agosto de 1873, por la que se suprimieron los indultos, excepto para la pena de muerte. Sin embargo, como indica LLORCA ORTEGA, aquella ley sería restablecida por Decreto de 12 de enero de 1874 (*La Ley de indulto*, 17).

Más recientemente, esta ley ha sido modificada por Ley 1/1988, de 14 de enero; y la Orden Ministerial de 10 de septiembre de 1993 ha dado instrucciones sobre la tramitación de las solicitudes de indulto.

555. La Real Orden de 24 de diciembre de 1914 entendía que los penado estaban a disposición del Tribunal sentenciador si habitaban en la demarcación de la respectiva Audiencia. Pero esta Real Orden fue derogada por la Orden Ministerial de 10 de septiembre de 1993. No obstante, la Instrucción 5/1992, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación del art. 2 nº 2 de la LI, ante una interpretación de algunos tribunales que entendían que era necesario que el sentenciado estuviese cumpliendo la condena, la Fiscalía ha afirmado lo siguiente: a) Que no es necesario que el penado se encuentre cumpliendo pena, y menos aún que se encuentre ingresado en prisión, para dar cumplimiento a lo previsto en el art. 2.2 LI; y b) Que dada la gran rapidez en las comunicaciones que actualmente existe, se cumple este requisito si se tiene domicilio fijo y se está localizable para el Tribunal sentenciador, sin necesidad de que el domicilio esté dentro de la demarcación del Tribunal.

556. No obstante, la propia LI exceptúa estos requisitos, a tenor de lo dispuesto en el art. 3 LI, para los delitos de rebelión, contra la Corona, contra las Instituciones del

Por su amplitud el indulto puede ser total o parcial. El indulto total consisten en «la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente» (párr. 1º del art. 4 LI). En cambio, el indulto es parcial si habiéndose impuesto varias penas y aún no se hubiesen cumplido, sólo se remite alguna o algunas de ellas, o simplemente se conmuta una pena o penas por otra u otras menos graves (párr. 2º y 3º del art. 4 LI).

La solicitud de indulto puede proceder, a instancia particular, del propio penado, de sus parientes o de cualquier otra persona en su nombre (art. 19 LI). También pueden proponer el indulto, a iniciativa judicial, el propio Tribunal sentenciador (arts. 4.3 CP y 20 LI) o el TS cuando dicte segunda sentencia<sup>557</sup>; a iniciativa fiscal, el Fiscal del órgano judicial sentenciado o el Fiscal General del Estado (art. 20 LI); a iniciativa gubernativa, el que se ordena tramitar por el Gobierno a falta de las iniciativas anteriores (art. 21 LI); o a iniciativa del centro penitenciario, que solicita el Juez de Vigilancia penitenciaria durante la ejecución de la pena, como beneficio penitenciario<sup>558</sup>.

La concesión del indulto está sujeta a una serie de condiciones, de las cuales, unas son de carácter preceptivo, y otras de carácter facultativo.

---

Estado; de los cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución; de los cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales; y el de sedición.

Asimismo, el requisito de no ser reincidente puede ser exceptuado, a juicio del Tribunal sentenciador, por concurrir razones suficientes de justicia, de equidad o de conveniencia pública (art. 2.3 *in fine* LI).

Para los delitos perseguibles a instancia de parte será necesario oír, previamente, a la parte ofendida (art. 15.2 LI).

557. El art. 23 LI ordena que todas las solicitudes de indulto, incluso las que directamente se presentaran al Ministro de Justicia, se remitan a informe del Tribunal sentenciador.

El TS, en Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª de 20 de abril de 2001, ha dispuesto que “el Tribunal Supremo será competente para informar indultos, como Tribunal sentenciador, cuando dicte segunda sentencia”. Y vuelve a insistir en el Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª de 5 de abril de 2005, en que lo es “en todo caso”.

558. **Art. 206.1 RgtoP:** La Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurran, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años

Las preceptivas o «tácitas», como las denomina el art. 15 LI, son: a) que su concesión no cause perjuicio a tercero; y b) que haya sido oída la parte ofendida, cuando el delito por el que hubiese sido condenado el reo fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte. «Podrán además imponerse al penado en la concesión de la gracia –dice el art. 16 LI– las demás condiciones que la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen».

En cuanto a los efectos del indulto, éste despliega sus efectos tan sólo en relación con las penas, y además, tan sólo en relación con la pena que reste por cumplir<sup>559</sup>. Por no tratarse de penas, aunque formen parte de la condena, el indulto no abarca las costas procesales (art. 9 LI) ni la responsabilidad civil (párr. 2º del art. 6 LI). Pero, puesto que son también penas, el indulto de la pena principal llevará consigo el de las accesorias, salvo las de inhabilitación para cargos públicos, las cuales no se tendrán por comprendidas si de ellas no se hubiese hecho mención especial en la concesión (párr. 1º del art. 6 LI). Podrá concederse, no obstante, el indulto de penas accesorias, con exclusión de las principales y viceversa (art. 7 LI).

El indulto extingue la pena, y con ella, la responsabilidad criminal (art. 130.4 CP). Sin embargo, no se extiende a otros aspectos, como la cancelación de antecedentes penales, que, por otro lado, sí conlleva la amnistía.

El indulto concedido con arreglo a las previsiones de la LI «es por su naturaleza irrevocable» (art. 18 LI), sin perjuicio de que quede sin efecto

---

y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias:

- a) Buena conducta.
- b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad.
- c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social.

559. En torno a la duplicidad de efectos de las penas de inhabilitación absoluta y de inhabilitación especial para empleo o cargo público se ha producido, en nuestro país, a propósito del llamado caso «Gómez de Liaño», una viva polémica en el seno de la doctrina, y también en los Tribunales. Dicho debate se centraba en si el primero de esos efectos, la pérdida definitiva del empleo o cargo público, podía o no ser objeto de indulto. La decisión final de la Sala especial de Conflictos de Jurisdicción se decantó por considerar esta pena como un todo unitario, y que por tanto se puede indultar también la parte correspondiente a la pérdida del empleo o cargo [*supra* § 15.1.b), con todas las referencias jurisprudenciales y doctrinales allí citadas].

la conmutación de la pena «desde el día en que el indultado deje de cumplir, por cualquiera causa dependiente de su voluntad, la pena a que por la conmutación hubiere quedado sometido» (art. 14 LI).

Por último, hay que hacer alusión a la posibilidad de que la solicitud de indulto deje en suspenso la ejecución de la pena. Hasta la aprobación del CP/1995 la cuestión parecía tajantemente resuelta en sentido negativo por lo dispuesto en el art. 32 LI y por el párr. 2º del art. 2 ACP<sup>560</sup>. No obstante, para evitar que la dilación en la tramitación del indulto hiciera éste inútil en el caso de penas privativas de libertad de corta duración, que podrían haberse cumplido ya cuando se resolviese la petición, la práctica de los tribunales ha sido la de decretar la suspensión de la ejecución de la pena hasta que se resolviese la solicitud del indulto<sup>561</sup>. El CP/1995 ha optado expresamente por esta solución positiva a la suspensión, cuando en el **art. 4.4 CP** dispone: «Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. – También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria».

560. **Art. 32 LI:** La solicitud o propuesta de indulto no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, salvo el caso en que la pena impuesta fuese la de muerte, la cual no se ejecutará hasta que el Gobierno haya acusado el recibo de la solicitud o propuesta al Tribunal sentenciador.

**Art. 2 párr. 2º ACP:** Del mismo modo, [el Tribunal] acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito.

561. Esta práctica ha sido admitida por la Fiscalía General del Estado por medio de la Consulta 1/1994, de 19 de julio, sobre la posibilidad de suspensión del inicio de la ejecución de condenas penales ante una solicitud de indulto, si bien a juicio de la Fiscalía, deberían «ponderarse, entre otros, los siguientes factores: tiempo transcurrido desde la comisión del delito, existencia de dilaciones indebidas no imputables al penado; efectiva rehabilitación del mismo; satisfacción de las responsabilidades civiles; si se trata de una primera petición o de la reiteración de otra ya denegada; y la clase y duración de la pena impuesta».

## 5. El perdón del ofendido

La quinta de las causas que extinguen la responsabilidad criminal, según establece el **art. 130.5º CP**, es «el perdón del ofendido»<sup>562</sup>. Es ésta una causa de extinción de la responsabilidad criminal a la cual siempre se le ha achacado una difícil incardinación dentro del Derecho penal, en cuanto sector del Derecho público. En este sentido, con razón se pregunta ECHANO BASALDÚA si el perdón del ofendido puede jugar algún papel en el Derecho penal<sup>563</sup>, pues el Derecho penal no pretende, o por lo menos no de un modo prioritario, la satisfacción de los intereses de la víctima que hayan resultado dañados, sino el logro de un interés público: la respuesta de la pena se entiende necesaria frente a los delitos para lograr el interés público del respeto a los bienes jurídicos protegidos y de este modo conseguir una convivencia humana en sociedad de una forma pacífica y ordenada. Desde esta perspectiva, al perdón del ofendido poco margen de actuación le quedaría<sup>564</sup>. Tan sólo cabría admitirlo en aquellos supuestos en los que el interés de la víctima fuese de igual o superior valor que el interés público antes aludido<sup>565</sup>.

562. Sobre esta causa de extinción de la responsabilidad criminal, véase, por todos, la tesis doctoral de ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

563. ECHANO BASALDÚA, «¿Hay lugar para el perdón en el Derecho Penal?», LH-Lidón Corbí (2002), 153 ss. El homenajeado en este libro, Magistrado de la Audiencia Provincial del Vizcaya, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Deusto, y víctima de la banda terrorista ETA, trabajó también sobre el perdón del ofendido. Por ello, véase también de LIDÓN CORBÍ, «El perdón del ofendido», en *Estudios de Deusto*, vol. XXXIII/1 (Homenaje al Prof. Mañaricúa), 1985, 77 ss.; «Perdón del ofendido», NEJ XIX (1989), 526 ss.

564. Algunos autores, como BERISTAIN IPIÑA vienen reclamando, desde hace tiempo, un mayor protagonismo para el perdón. Véase su trabajo «Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón», EPC t. X (1989), 9 ss.

565. El fundamento de la eficacia extintiva del perdón del ofendido coincide, en gran medida, con las razones político-criminales por las que se han previsto delitos no perseguibles de oficio. El motivo de la existencia de delitos privados y semipúblicos (se denominan así a aquellos que para su persecución y castigo precisan la participación de las personas afectadas: los privados requieren la previa interposición de una querrela; los semipúblicos, de una denuncia) se debe a razones de muy diversa índole. En unos casos, como en los delitos contra la libertad sexual, que afectan a bienes muy sensibles, el requisito de la previa interposición de

En efecto, el ámbito de operatividad que se reconoce al perdón del ofendido en sentido estricto es muy limitado, según se verá a continuación, pues sólo cabe en aquellos casos en los que así esté previsto expresamente por la ley, y esos supuestos son más bien escasos. Pero antes de pasar a ver en qué casos cabe la eficacia extintiva del perdón del ofendido y de cuáles son sus requisitos resulta necesario ofrecer un concepto del mismo y distinguirlo de otras instituciones afines.

### a) *Concepto y distinción con otras figuras afines*

Siguiendo a ALONSO RIMO, el perdón del ofendido podría definirse como “el acto consistente en una declaración de voluntad, a través del cual hace uso la víctima del delito –o su representante legal– de la facultad que le viene concedida por el ordenamiento penal para que, en relación con determinadas infracciones y bajo la observancia de ciertos requisitos, pueda poner fin a la intervención punitiva por ella misma excitada”<sup>566</sup>.

Si tenemos en cuenta esta definición, podemos distinguir el perdón del ofendido de otras figuras con las que presenta bastante similitud. Por de pronto, hay que decir que esta institución no tiene que ver con la petición de perdón por parte del reo a las víctimas, que para los delitos de terrorismo se ha previsto como un requisito necesario para la obtención del tercer grado penitenciario y de la libertad condicional (arts. 90.1 CP y 72.6 LOGP). En el art. 130.5º CP es la propia víctima la que perdona al autor.

---

denuncia o querrela obedece a que el Derecho penal quiere respetar la intimidad de esas personas y su deseo de no dar publicidad del delito contra ellas cometido. En otros, la naturaleza personalísima del bien jurídico lesionado (por ejemplo, el honor) sugiere que se condicione la investigación, al menos, a que el titular del mismo manifieste su interés en la misma. Por otro lado, en todos estos delitos existe una evidente razón práctica para exigir este requisito procesal, que consiste en que sin la colaboración efectiva del perjudicado, la obtención de pruebas inculporias se vería abocada al fracaso.

De todas formas, debe notarse que para el caso del perdón del ofendido el argumento de impedir el daño añadido que pueda producir el llamado *strepitus fori* no sirve, pues en estos casos el proceso ha sido iniciado por voluntad del ofendido.

566. ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal*, 276.

Existen también otros actos u omisiones de la víctima que pueden conducir igualmente a la impunidad del autor, como son: el consentimiento de la víctima, omisión de denuncia o querrela en las infracciones no perseguibles de oficio, la conciliación/mediación entre autor y víctima o la renuncia a la acción penal.

Por lo que respecta al *consentimiento de la víctima*, hay que señalar que éste es siempre anterior o simultáneo a la comisión del delito, mientras que el perdón siempre es posterior. Conforme a ello, mientras que uno exime ya la responsabilidad penal (bien por exclusión de la tipicidad de la conducta, bien por exclusión de la antijuridicidad), el otro simplemente la extingue.

El que el perdón extinga la responsabilidad penal también le distingue de la *omisión de denuncia o querrela en las infracciones no perseguibles de oficio*. La persecución y castigo de estos delitos se hace depender de una actuación por parte del ofendido (de la interposición de denuncia o querrela), con lo cual, dicha omisión, por definición, siempre es anterior a la puesta en marcha del proceso penal. Por el contrario, el perdón del ofendido requiere siempre, como momento inicial a partir del cual puede desplegar sus efectos, la incoación de un proceso. Igual consideración merece, entonces, la condición de procedibilidad del acto de conciliación que se exige con carácter previo al proceso por delitos contra el honor (arts. 278 y 804 LECr).

Reducida así la eficacia del perdón al procedimiento judicial, desde que éste se inicia por el propio ofendido hasta que se acaba con la condena del juez, resulta que el perdón tiene esta característica en común con la *mediación y conciliación entre autor y víctima*. Sin embargo, con independencia de que la conciliación entre autor y víctima sólo esté prevista en nuestro ordenamiento en el ámbito del Derecho penal de menores (art. 19 LORRPM), la diferencia entre ambas instituciones estriba, fundamentalmente, en el carácter unilateral del perdón. Por el contrario, por medio de la conciliación se intenta que ambas partes lleguen a una solución que satisfaga a las dos. Tiene, por tanto, un carácter bilateral.

Pero es, sin duda, con la *renuncia a la acción penal*, prevista en el **art. 106 LECr**<sup>567</sup>, con la que el perdón guarda mayores similitudes. Hasta la

567. **Art. 106 LECr**: La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

reforma del CP llevada a cabo por LO 15/2003, de 25 de noviembre, ambas instituciones se podían distinguir en función del ámbito temporal en el que desplegaban sus efectos. El perdón podía producir efectos incluso después de dictada la condena, aunque antes de haber empezado la ejecución de la pena. Ahora, en cambio, el perdón sólo se puede otorgar antes de haber dictado sentencia, por lo que el ámbito temporal de las dos coincide plenamente. De este modo ha desaparecido uno de los aspectos que las podía diferenciar con mayor claridad. De hecho, se puede decir que hay un solapamiento de los efectos de ambas instituciones en el ámbito de los delitos privados. De todas formas, hay que resaltar que no todos los delitos en los que se puede extinguir la acción penal por la renuncia de la persona ofendida coinciden con los perdonables, como veremos a continuación, ni tampoco todos los sujetos que pueden renunciar a la acción penal tienen capacidad para otorgar el perdón<sup>568</sup>.

### b) *Requisitos legales del perdón del ofendido*

Según lo dispuesto en el **art. 130.5º CP**, se pueden distinguir cuatro clases de requisitos.

En primer lugar, el perdón del ofendido sólo puede extinguir la responsabilidad penal «cuando la ley así lo prevea». En el ACP se preveía su eficacia para los delitos que sólo pudiesen ser perseguidos mediante denuncia o querrela del agraviado (arts. 25.1 y 112.5 ACP)<sup>569</sup>. El CP actualmente vigente ha reconocido la eficacia extintiva del perdón solamente en cuatro

---

Pero se extinguen por esta causa las que nacen del delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan.

568. En principio, los legitimados activamente podrían renunciar a la acción penal. Por ejemplo, en una infracción cometida contra menores de edad, incapaces o personas desvalidas y en la que intervenga el Ministerio Fiscal, éste podría renunciar a la acción penal en interés de estas personas, pero no podría perdonar por ellas.
569. Una comparación entre la regulación del ACP y la originaria del CP/1995, en ALONSO RIMO, «Los efectos extintivos del perdón del ofendido: un análisis interpretativo de su regulación en los Códigos de 1973 y 1995», LH-Casabó Ruiz (1997), vol. 1, 61 ss.

preceptos: **arts. 201.3** (descubrimiento y revelación de secretos)<sup>570</sup>; **215** (calumnia e injuria); **267 párr. 3º** (daños por imprudencia grave); **639 párr. 3º** (faltas perseguibles a instancia de la persona agraviada)<sup>571</sup>.

Si para el ACP los arts. 25 y 112 habían establecido para los delitos perseguibles sólo a instancia de parte un sistema de *numerus apertus*, en cambio, en el CP/1995 el sistema es de *numerus clausus*, lo cual hace innecesaria una disposición que niegue la eficacia al perdón, como es el caso del **art. 191 CP**<sup>572</sup>.

En segundo lugar, «el perdón habrá de ser otorgado de forma expresa». No cabe, por tanto, que el perdón sea tácito, ni mucho menos presunto. Además, no puede estar sujeto a condición, ni puede ser parcial. No obstante, en caso de codeincuencia el perdón puede ir referido sólo a uno de los intervinientes.

En tercer lugar, el perdón lo otorga el «ofendido». En caso de que sean varios, todos ellos tendrán que otorgar el perdón; y en el caso de que el ofendido fuese un menor de edad o incapaz, también podrán otorgarlo «los representantes legales de aquéllos». No obstante, en este caso, según lo dispuesto en el **párr. 2º del art. 130.5 CP**, «los jueces o tribunales, oído el ministerio fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con o sin intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena»<sup>573</sup>. Para rechazar

570. Con la excepción del delito de funcionarios del art. 198 y de los supuesto en que el proceso se inicie de oficio por afectar el delito a los intereses generales (art. 201.2 CP).

571. Como principio general las faltas son perseguibles de oficio, aunque se establece como excepción la perseguibilidad a instancia de parte, previa denuncia de la persona agraviada o del perjudicado, según los casos, para las faltas imprudentes (art. 621.6 CP, lógicamente esta disposición requiere una interpretación correcta para el caso del homicidio por imprudencia leve), las recogidas en el art. 624 y las injurias del art. 620.2 CP. Las amenazas, coacciones y vejaciones del art. 620.1 y 2 sólo son perseguibles a instancia de parte, salvo cuando el ofendido sea una de las personas del art. 153, en cuyo caso también son perseguibles de oficio.

572. Con razón dice ALONSO RIMO que esta declaración “resulta hoy un pleonasma” [LH-Casabó Ruiz (1997), vol. 1, 73].

573. Como veremos a continuación, la orden de cumplimiento de la condena carece de sentido, pues el perdón se tiene que otorgar antes de haber dictado sentencia, por lo que todavía no existe condena alguna que cumplir.

el perdón en estos casos, «el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz» (**art. 130.5 párr. 3º CP**).

Y en cuarto lugar, el perdón se tiene que otorgar «antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla». Originariamente, el CP/1995 había fijado como límite final en la eficacia del perdón el inicio de la ejecución de la pena impuesta, lo cual era discutible desde el punto de vista político-criminal. Si la razón por la cual se estableció el límite operativo en la sentencia firme, a diferencia del ACP que incluso permitía ir más lejos, fue la de reducir las posibilidades de extorsiones y amenazas a la víctima y de compraventa de perdones, más conveniente hubiese sido adelantar todavía más dicho límite. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, lo ha hecho y ha establecido como límite el momento de dictar sentencia en instancia.

## 6. La prescripción

Como sexta causa de extinción de la responsabilidad criminal cabe citar la prescripción<sup>574</sup>. El CP la ha previsto, en los **aparts. 6º y 7º del art. 130**. En el art. 130.6º se recoge como causa de extinción de la responsabilidad criminal: «la prescripción del delito»; y en el art. 130.7º CP: «la prescripción de la pena o de la medida de seguridad». Conviene distinguir, por tanto, tres supuestos distintos de prescripción: la del delito, la de la pena y la de la medida de seguridad.

574. Además del trabajo de MORILLAS CUEVA, *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, Ed. Universidad de Granada, 1980, sobre esta causa de extinción de la responsabilidad criminal se han publicado recientemente varios trabajos monográficos, entre los cuales destacamos los siguientes: GILI PASCUAL, *La prescripción en el derecho penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001; GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el Derecho Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003; MEDINA CEPERO, *El tratamiento procesal penal de la prescripción del delito*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000; PASTOR ALCOY, *La prescripción en el Código penal de 1995 y su aplicación retroactiva: comentarios y formularios*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996; PEDREIRA GONZÁLEZ, *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Ceura, Madrid, 2004; RAGUÉS I VALLÉS, *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005; REY GONZÁLEZ, *La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995)*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999; SERRANO GÓMEZ, *La prescripción del delito. (Tres Cuestiones)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

La prescripción de los delitos se encuentra regulada en los **arts. 131 y 132 CP**: el primero establece los plazos de prescripción de las diversas infracciones, y el segundo contiene algunas reglas para el cómputo de los plazos. A la prescripción de las penas se dedican los dos siguientes artículos: el **art. 133** establece los respectivos plazos y el **art. 134** las correspondientes reglas para el cómputo. Y finalmente, el **art. 135 CP** se ocupa de la prescripción de las medidas de seguridad.

Pero a pesar de esta diferenciación, y antes de pasar a examinar la regulación particular de cada una de ellas, vamos a realizar algunas consideraciones comunes a las tres clases de prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal.

### a) *Concepto, fundamento y naturaleza de la prescripción*

1. Siguiendo a RAGUÉS I VALLÈS, cabe definir la prescripción como “la extinción de la responsabilidad criminal debida al transcurso de cierto tiempo entre la comisión de una infracción penal y el momento de su efectiva persecución (prescripción del delito) o entre la imposición de una pena o medida de seguridad y el momento de su ejecución (prescripción de la pena y de la medida de seguridad)”<sup>575</sup>.

2. Parece haber acuerdo en que el fundamento último de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal se encuentra en el “efecto destructor del tiempo”<sup>576</sup>, aunque sea tan sólo por eso de que “el tiempo todo lo cura, salvo vejez y locura”. El fundamento de la prescripción se encuentra en que el transcurso del tiempo hace desaparecer la necesidad del castigo de un hecho que, inicialmente y de acuerdo con el Derecho entonces vigente, habría sido necesario sancionar. Sin embargo, la cuestión es, y sobre ello se discute profusamente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, por qué transcurrido un cierto período de tiempo desde la comisión de un hecho desaparece por completo la necesidad de su castigo.

575. RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, 16.

576. ANTÓN ONECA, *PG<sup>2</sup>*, 612.

A esta cuestión se han dado múltiples respuestas. No se puede decir que exista un único fundamento, sino que son varios a la vez los que justificarían la extinción de la responsabilidad criminal. No obstante, algunos de los argumentos que se esgrimen habitualmente puedan resultar discutibles. Así, no parece suficientemente convincente concebir la prescripción como una renuncia del Estado al *ius puniendi*, pues no es que éste renuncie al mismo, sino que más bien está obligado a ello. Tampoco se puede justificar desde la perspectiva de la protección al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pues resulta cuanto menos dudoso que los ciudadanos tengan derecho a la resolución del proceso en un plazo razonable en aquellos casos en los que el retraso se debe, precisamente, a su propia actitud. Y del mismo modo, tampoco resulta plenamente convincente acudir al principio de seguridad jurídica, pues este principio implica que los ciudadanos sepan de antemano si su conducta va a ser punible y en qué términos. Sin embargo, dicha seguridad se alcanzaría igualmente si los ciudadanos supiesen de antemano que su conducta nunca prescribiría.

Mayor fundamento tienen otro tipo de explicaciones de por qué el transcurso del tiempo elimina la necesidad del castigo. Ello puede ser debido a que la eficacia de la pena es mayor cuanto más rápidamente se imponga, con lo que el transcurso del tiempo hace desaparecer la pretensión punitiva por imposibilidad de alcanzar los fines que normalmente se asignan a la pena. Así, desde el punto de vista de la retribución, el transcurso del tiempo convierte a esta cuestión “cosa del pasado” y por tanto olvidada; desde el punto de vista de la prevención general, el transcurso del tiempo tranquiliza la alarma social que la comisión del delito provoca; y desde un punto de vista preventivo especial, el transcurso del tiempo también puede demostrar una ausencia de peligrosidad en el sujeto si ha seguido luego una vida honrada.

También se han aducido razones de tipo procesal, como la dificultad de recabar pruebas por el transcurso del tiempo.

Pero quizás tengan mayor fuerza aquellos argumentos que atienden, no tanto a los fines que cumple la pena, como a la función que corresponde en última instancia al Derecho penal, como forma de control social o instrumento del que se sirve la sociedad para garantizar la convivencia pacífica y ordenada de los individuos dentro del grupo. El Derecho penal sólo responde ante aquellos comportamientos más graves e intolerables que pueden poner en peligro

esa convivencia humana en sociedad. Pues bien, el transcurso del tiempo puede borrar esa lesividad que se predicaba inicialmente de tales hechos.

3. La naturaleza de esta causa de extinción de la pena es también debatida. Se discute si pertenece al Derecho penal sustantivo o al Derecho procesal penal, o si, con mejor rigor técnico, debe ser considerada una causa de exclusión de la punibilidad o un impedimento procesal<sup>577</sup>. La opinión mayoritaria, en nuestro país, considera que tiene carácter sustantivo<sup>578</sup>.

La cuestión es si la prescripción afecta a la admisibilidad del proceso o afecta ya a la punibilidad de la conducta. Y la cuestión no carece de importancia, porque la atribución de un elemento al Derecho penal o al Derecho procesal repercute sobre todo en un tratamiento diferente en el proceso penal (*supra* § 44.2).

La respuesta que se dé a la cuestión de si la prescripción tiene naturaleza material o procesal plantea a su vez el problema de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal, en las cuales no podemos entrar ahora por razones obvias. Podemos decir, no obstante, que la pertenencia de un precepto al Derecho penal material o al procesal depende de su contenido y función y no de su inserción en el CP o en la LECr u otra ley procesal, y tiene como consecuencia práctica la prohibición de la retroactividad<sup>579</sup>, que, en principio, no tendría aplicación en relación con el Derecho

577. Planteando la cuestión en estos términos, entre otros, RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, 69 ss.

578. En contra, CEREZO MIR, *PG I*<sup>6</sup>, 225, quien considera que tiene naturaleza procesal. Le sigue, entre otros, BOLDOVA PASAMAR, en *Lecciones*<sup>3</sup>, 359.

Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS le otorga naturaleza mixta (sustantiva y procesal) [«Prescripción del delito y derechos fundamentales. (Comentario a la STC 152/1987, de 7 de octubre)», LL 1988-2, 904].

579. A propósito de la cuestión sobre la aplicación retroactiva de los plazos de prescripción se planteó en Alemania una polémica que acabaría por determinar un cambio en la opinión mayoritaria acerca de la naturaleza de esta institución. A raíz de una reforma legal que intentó impedir la impunidad de los asesinatos cometidos durante el régimen nacionalsocialista aumentando los plazos de prescripción, y que el TC alemán avaló, determinó que la doctrina y jurisprudencia germana se inclinaran a partir de entonces por el carácter procesal de la prescripción, que es la opinión mayoritaria hoy en día. Sobre ello véase, entre otros, GALLEGO DÍAZ, «Prescripción penal y prohibición de retroactividad», RGLJ 260 (1986), 27 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de

procesal, en donde rige el principio *tempus regit actum*<sup>580</sup>. Según SÁINZ CANTERO, el criterio más seguro de distinción sigue siendo el de la función que la norma cumple: “si está destinada a la tutela de intereses fundamentales de la vida comunitaria, incriminando conductas y estableciendo sanciones, pertenecerá al ordenamiento penal sustantivo; si se orienta a regular el proceso criminal será una norma procesal”<sup>581</sup>.

En el número anterior, al determinar el fundamento del efecto extintivo de la prescripción, lo ciframos en que el transcurso del tiempo borra la lesividad que para la convivencia humana en sociedad se predica inicialmente de todo delito. Después de pasado ese tiempo la conducta habría dejado de tener la consideración de delictiva<sup>582</sup>, por tanto, se puede decir que la sanción penal de la misma ha dejado ya de estar justificada y de ser necesaria. Conforme a ello, se puede decir que la prescripción tiene más naturaleza penal que procesal.

Se han barajado también otros criterios para delimitar la naturaleza penal o procesal de una disposición<sup>583</sup>. Así, se podría traer a colación, entre otros, el criterio de BELING sobre el *merecimiento de la pena*; el de Hilde KAUFMANN sobre la *supresión mental del proceso*; o el de su *vinculación al acontecer del hecho*. Esta solución ha sido defendida, entre otros, por GALLAS, SCHMIDHÄUSER,

---

Alemania. (Breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo)», ADPCP 1965, 216 ss.

580. De todas formas, hay que tener en cuenta que el **art. 9.3 CE** no sólo prohíbe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, sino también de las restrictivas de derechos individuales, por lo que es posible también que dichas normas procesales estuviese amparadas por la prohibición de retroactividad prevista en el texto fundamental.

581. SÁINZ CANTERO, *Lecciones*<sup>3</sup>, 48.

582. GÓMEZ PAVÓN ha señalado que “mantener la naturaleza procesal de la prescripción arranca de la consideración que el paso del tiempo no puede afectar al delito en cuanto se trata de «una mera entidad ideal», pero ello significa desconocer que el delito representa unas ideas dogmáticas, sociales y políticas diferentes en función del tiempo, y que dentro del propio texto legal la noción de delito está condicionada por referencias temporales, y precisamente la prescripción es una de las principales formas de manifestarse esta influencia [«La prescripción del delito en el Código penal», LH-Rodríguez Devesa (1989), t. I, 372]. Según esta autora cuando el delito prescribe “se puede considerar como no existente” (376).

583. Véase, al respecto, ROXIN, *PG*<sup>2</sup>, § 23/40 ss.

STRATENWERTH y el propio ROXIN. Para estos autores una circunstancia pertenece al Derecho material si su ausencia en conexión inmediata con el hecho determina como consecuencia definitiva la impunidad del autor; y la conexión inmediata se dará cuando la circunstancias correspondiente pertenece a la situación del hecho, o bien cuando tendría que ser calificada como resultado del hecho en caso de que la culpabilidad se refiriera a ella. Según esta concepción no se podría decir que la prescripción esté en conexión inmediata con el hecho, por lo que la prescripción tendría naturaleza procesal.

Sin embargo, si el hecho no se valora desde una perspectiva sincrónica, como la que parece que sostienen estos autores, sino diacrónica, esto es, a lo largo del tiempo, sería posible afirmar entonces que dicha circunstancia afecta no ya a la admisibilidad de proceso, sino a la propia punibilidad de la conducta. Que yo sepa, el tiempo no se puede detener, y como dijimos antes, es posible que con el transcurso del tiempo la conducta pierda la lesividad que para la convivencia humana en sociedad tenía inicialmente, y que por tanto la conducta deje de ser delictiva y que la pena tampoco sea necesaria.

## b) Prescripción de los delitos

### i. Los plazos de prescripción

1. Las infracciones penales tienen distintos plazos de prescripción en función de la clase de infracción de que se trate y de la duración de la pena máxima señalada. En virtud de estos criterios el **art. 131 CP** establece los siguientes plazos de prescripción:

Plazo de prescripción	Clase de infracción
Imprescriptibles	Genocidio, de lesa humanidad, y contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado
20 años	Con pena máxima señalada de prisión de 15 o más años
15 años	Con pena máxima señalada de prisión de más de 10 y menos de 15 años o inhabilitación de más de 10 años
10 años	Con pena máxima señalada de prisión o inhabilitación por más de 5 años y que no exceda de 10

Plazo de prescripción	Clase de infracción
5 años	Con pena máxima señalada de prisión o inhabilitación por más de 3 años y que no exceda de 5
3 años	Demás delitos menos graves
1 año	Calumnia e injuria
6 meses	Faltas

2. Con respecto a los plazos enumerados en la tabla anterior hay que hacer las siguientes aclaraciones:

a) En primer lugar, se plantea la duda de cómo interpretar la expresión «la pena máxima señalada al delito», si en abstracto o en concreto. La jurisprudencia se inclina por atender a la pena en abstracto prevista en la Parte Especial del Código para cada delito<sup>584</sup>, tomando en consideración tan sólo los posibles tipos agravados o atenuados y la agravación prevista para los casos de delito continuado del art. 74 CP, porque, en este caso, dice la STS de 19 de junio de 2002, se debe atender a la pena “que establezca la propia Ley como máxima posibilidad”. La doctrina, en cambio, se inclina por una mayor concreción de la pena, aunque sin llegar a determinarla por completo. Así, deberían tenerse en cuenta el grado de ejecución del delito (tentativa) y el título de participación (cómplice o *extraneus* en un delito especial), de lo contrario se produciría una equiparación injusta entre dos conductas de diversa gravedad.

b) En segundo lugar, hay que advertir que el **art. 131 CP** ha sido modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre<sup>585</sup>. Esta modificación se ha producido por dos motivos.

584. Véase el Acuerdo de la Junta General del TS de 29 de abril de 1997, en el cual se debatió si la pena que ha de ser tenida en cuenta para aplicar los plazos prescriptivos del art. 131 CP debe ser la pena en abstracto para el delito de que se trate, o de la pena en concreto resultante de la aplicación de normas sobre grados de participación y de ejecución. La opinión mayoritaria fue que debía ser tenida en cuenta la pena en abstracto. Véase también SSTs 2 abril 1997, 4 marzo 1999.

585. Sobre ésta y otras modificaciones introducida por la LO 15/2003 en materia de prescripción, véase, entre otros, PEDREIRA GONZÁLEZ, «La prescripción de las infrac-

Por un lado, para adecuar la regulación del CP a las disposiciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional, según el cual los delitos de competencia de la Corte (genocidio, de lesa humanidad y de guerra, sin que hasta ahora se haya desarrollado aún el crimen de agresión) no prescriben (art. 29 del Estatuto). En virtud de ello, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha ampliado el catálogo de supuestos de imprescriptibilidad: junto al genocidio ya previsto ha incluido también los delitos de lesa humanidad y los cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Por otro lado, para adecuar los plazos de prescripción a la nueva clasificación de la pena de prisión (*supra* § 9.5), la LO 15/2003 ha excluido del plazo de prescripción de los delitos menos graves, que es de tres años, los que tengan señalada pena de prisión máxima entre tres y cinco años, incluyéndolos ahora en los de cinco años de prescripción. Como ahora la prisión es pena grave a partir de los cinco años, para mantener el mismo plazo de prescripción, la LO 15/2003 ha hecho eso.

Con respecto a los supuestos de *imprescriptibilidad* hay que decir que el TC tiene señalado que “sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico-penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y faltas” (STC 157/1990). Esta declaración podría poner en entredicho la no prescripción prevista en el **art. 131.4 CP**. Sin embargo, creo que en supuestos excepcionales puede resultar admisible la no prescripción de ciertas infracciones que por su enorme gravedad, la humanidad *jamás* podrá olvidar. Existen ciertos delitos muy graves, que han conmocionado profundamente la comunidad internacional (como lo fueron, por ejemplo, los crímenes cometidos bajo la Alemania nazi, en el territorio de la ex-Yugoslavia, o en Ruanda), y que aún hoy siguen perturbando nuestras conciencias. Estos hechos, precisamente, han dado lugar a la constitución de tribunales de carácter internacional para su persecución (bien tribunales *ad hoc*, como fue en los casos citados; bien un tribunal con jurisdicción universal, como es la Corte Penal Internacional). Para estos crímenes creo que está justificado que no prescriban, porque el paso del tiempo, en estos casos, no borra la

---

ciones penales tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre», LL n° 6249 (10 de mayo de 2005).

lesividad de tales comportamientos entrañan para la convivencia humana en sociedad.

Pero que estos delitos no prescriban no quiere decir que no existan ciertos límites al respecto:

- En primer lugar, hay que tener en cuenta que lo que el art. 131.4 CP está diciendo no es que dichos delitos se puedan perseguir por toda la eternidad, sino que, en realidad, se podrán perseguir mientras vivan los responsables de tales crímenes, y que por lo que les quede de vida, los plazos normales de prescripción no rigen para ellos. Por tanto, un primer límite vendría impuesto por la muerte de los responsables criminalmente, que según el art. 130.1 CP, extinguiría la responsabilidad criminal.
- Y en segundo lugar, también hay que tener en cuenta que el art. 131 CP hace una remisión genérica a los delitos de genocidio, de lesa humanidad y los cometidos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, que se corresponden con las infracciones contempladas en los Caps. II, II bis y III del Tít. XXIV del Lib. II del CP. Sin embargo, no todas las conductas previstas en estos capítulos revisten la misma gravedad, por lo que parece conveniente reservar el régimen de imprescriptibilidad para aquellas conductas más graves. El problema estriba en determinar cuáles sean estas conductas. La doctrina discute al respecto<sup>586</sup>. A mi juicio, el criterio podría ser que sólo fuesen imprescriptibles aquellas conductas, previstas en dichos capítulos, que tuviesen ya señalada como pena máxima una pena de prisión de 15 o más años, cuyo plazo normal de prescripción ya sería de veinte años, que es el máximo previsto en nuestro ordenamiento. Para estos hechos, el carácter genocida, de lesa humanidad o de comisión contra personas o bienes protegidos en caso de guerra, les añade un plus de gravedad que podría entonces justificar el régimen de imprescriptibilidad<sup>587</sup>.

586. Véase, al respecto, RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, 94; GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el Derecho penal*, 88.

587. El criterio que sugiere RAGUÉS I VALLÈS (pena de hasta veinte años de prisión) no me parece convincente, porque no hay ningún delito previsto en el Cap. III del Tít.

c) En tercer lugar, decíamos que la LO 15/2003 modificó también el art. 131 CP para adaptarlo al cambio que experimentó la clasificación de la pena de prisión y no alterar los plazos de prescripción antes previstos. Antes de la reforma de 2003 los delitos que tuviese como pena máxima señalada una pena de prisión que pudiese superar los tres años y que no llegase a alcanzar los cinco, prescribían a los cinco años, por cuanto que quedaban incluidos dentro de plazo previsto para los «restantes delitos graves». Como ahora la prisión es pena grave a partir de los cinco años, para mantener el mismo plazo de prescripción, la LO 15/2003 se ha visto obligada a excluir del plazo de prescripción de los delitos menos graves los que tengan señalada pena de prisión máxima entre tres y cinco años, incluyéndolos ahora entre los de cinco años de prescripción.

Si para los delitos sancionados con pena de prisión la LO 15/2003 ha mantenido los plazos de prescripción, sin embargo, con respecto a *los que tengan señalada una pena de inhabilitación* (absoluta o especial) *el régimen de la prescripción se ha endurecido*. En efecto, antes el plazo de prescripción era de diez años si la pena máxima señalada era de más de seis y menos de diez años. Ahora el régimen de la inhabilitación se ha equiparado, a efectos de la prescripción, al de la pena de prisión, con lo que se ha aumentado el círculo de infracciones que prescriben a los diez años.

Por otra parte, la LO 15/2003 ha venido a *subsana un defecto de técnica legislativa* que se podía apreciar en la anterior redacción del art. 131 CP. Para los delitos sancionados con pena de prisión o de inhabilitación el plazo de prescripción era de 15 años si la duración era de «más de diez años», y de 10 años si era de «menos de diez». Con lo cual no se había establecido expresamente el plazo de prescripción cuando la duración máxima de la pena de prisión o de inhabilitación fuese de 10 años. Ahora se dice para el plazo de 10 años que la prisión o la inhabilitación «no exceda de diez».

---

XXIV que tenga prevista esa pena, por lo que no tendría sentido entonces, según su criterio, la declaración de imprescriptibilidad de dichos delitos contenida en el art. 131.4 CP. Y el criterio al que alude GONZÁLEZ TAPIA (que sólo excluye la apología del genocidio), parece excesivamente amplio. La extensión de este criterio delimitador a los delitos de lesa humanidad y a los cometidos contra las personas o bienes en caso de conflicto armado llevaría a poder castigar *sine die* conductas de poca lesividad, en función de la pena con que están castigadas.

Con ser loable esta subsanación, sin embargo, resulta criticable que la reforma de 2003 incurra en *otro defecto nuevo*: se produce una laguna respecto del plazo de prescripción de otros delitos graves no castigados con pena de prisión o de inhabilitación. Por ejemplo, el delito de concusión previsto en el art. 437 CP tiene señalada una pena de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de seis meses a cuatro años, que según lo dispuesto en los arts. 13.4 y 33.2.d) CP, se trata de un delito grave. Sin embargo, su plazo de prescripción no está expresamente previsto en el art. 131 CP, por lo que para este caso no cabe otra interpretación, igual que se hacía antes con la prisión o inhabilitación de 10 años, que seguir la más favorable al reo, que en este caso implica atender al plazo de prescripción previsto para los delitos menos graves, que es de tres años.

d) Y en cuarto lugar, en el caso de que para el delito se señalen varias penas principales, según lo dispuesto en el **art. 131.3 CP**, «se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción». Como las únicas penas que influyen en el plazo de prescripción son la prisión y las inhabilitaciones, son a éstas a las que habrá que entender que se refiere el art. 131.3 CP cuando se refiere a pena «compuesta».

El criterio previsto ahora para «cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta» es mejor que el del ACP, que se refería a la «pena mayor». Sin embargo, su coordinación con las disposiciones del Libro II del Código puede ser objeto de algunas críticas. En efecto, algunos delitos tienen señalada junto a la pena de prisión una pena de inhabilitación, cuya duración máxima puede comportar un plazo de prescripción mayor que el que correspondería a la prisión (por ejemplo, homicidio por imprudencia profesional del art. 142.3 CP; aborto consentido del art. 145.1 CP; lesiones al feto del art. 157). Parece que desde un punto de vista axiológico-punitivo no resulta coherente que una pena de contenido aflictivo menor, aunque sea de mayor duración, determine un plazo de prescripción mayor, sobre todo, cuando esa pena está prevista de modo facultativo, como sucede con el delito de violencia habitual en el ámbito familiar del art. 173.2 CP («y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz»).

## ii. Reglas para el cómputo

### a) Comienzo del cómputo

A tenor de lo dispuesto en el **art. 132.1 CP**, «los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible». El problema estriba en determinar cuándo se entiende que se ha cometido la infracción.

Hay delitos que se producen en un instante y en un lugar precisos. Sin embargo, hay otros en los que se puede producir una separación espacio-temporal entre el comienzo y la finalización de la comisión del delito. Es en estos supuestos en los que la cuestión resulta polémica.

A este respecto se suelen barajar, principalmente, dos posibilidades: o bien entender que el plazo de prescripción empieza a correr en función del criterio de la actividad, es decir, a partir del momento en que la voluntad del agente alcanza manifestación en el exterior; o bien seguir el criterio del resultado, es decir, el momento en que se produce el resultado típico (en los delitos de resultado) o se realiza el último de los actos típicos (en los delitos de mera actividad).

En favor del primer criterio se suele alegar el **art. 7 CP**, sin embargo, este precepto tiene un ámbito de aplicación limitado, pues sólo se refiere «a los efectos de determinar la ley aplicable», por lo que no sería extensible a la prescripción. En cambio, en favor del segundo criterio se puede aducir el tenor del propio **art. 132.1 CP**, cuando dispone que para «los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta»<sup>588</sup>. Este criterio se sitúa en el momento final, por lo que para ofrecer una solución similar en todas las infracciones penales, se podría hacer extensivo también a las demás infracciones<sup>589</sup>.

588. La LO 15/2003 ha añadido, a los ya previstos de continuidad y permanencia, los delitos habituales, fijando también paralelamente el criterio de cesación de la conducta como momento a partir del cual comienza el plazo de prescripción.

589. Así opina RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, 115.

No obstante, en algunos supuestos pueden plantear alguna duda. En particular, nos vamos a referir a los delitos imprudentes, a los cometidos contra menores de edad y los supuestos de concurso ideal y medial de delitos.

Por lo que a los *delitos imprudentes* se refiere, algún autor ha adelantado el *dies a quo* al momento en que finaliza el comportamiento negligente, pero sin tener que esperar a que se produzca el resultado<sup>590</sup>. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la producción del resultado es un elemento coconstitutivo del tipo de injusto de los delitos imprudentes, por lo que el comportamiento sólo deviene relevante cuando acaece el resultado típico. Hasta ese momento no se puede decir que exista una infracción penal, por lo que sólo a partir de que se produzca el resultado podrá empezar a correr el plazo de prescripción.

Para ciertos *delitos cometidos contra menores de edad*, pero pensando especialmente en los delitos contra la indemnidad sexual, cuyas secuelas puedan aparecer transcurrido mucho tiempo, cuando se alcanza ya la edad adulta, en 1999 se introdujo una cláusula en el **art. 132.1 in fine CP**, en virtud de la cual «en la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento»<sup>591</sup>.

Por último, se plantea el problema del cómputo de los plazos en los supuestos de *concurso ideal y medial de delitos*. Aquí la jurisprudencia entiende que estos concursos deben tratarse como una unidad, y que rija, por tanto, un

590. Esta es la opinión, entre otros, de QUINTANAR DÍEZ, «Sobre el cómputo del plazo prescriptivo en los delitos imprudentes. (Comentario a la Sentencia de 21 de abril de 1989 de la Sala II del Tribunal Supremo)», CPC 1996, 253 ss.

591. Esta cláusula fue introducida, inicialmente, por la LO 11/1999, de 30 de abril, pero contenía una criticable redacción, pues para los delitos de homicidio había dispuesto que el plazo de prescripción empezase a correr cuando la víctima alcanzase la mayoría de edad, lo cual era un contrasentido si el homicidio se había consumado. La LO 14/1999, de 9 de junio, en cambio, dio nueva redacción a esta cláusula, que es la que ha perdurado hasta hoy en día, y sustituyó la expresión «delitos de homicidio» por «tentativa de homicidio».

único plazo de prescripción: el de la infracción más grave<sup>592</sup>. La doctrina, en cambio, se pronuncia por mantener plazos prescriptivos separados<sup>593</sup>.

b) Final del cómputo

Para el cómputo de los plazos, a diferencia de lo que sucede en la práctica para el cómputo de la pena de prisión (*supra* § 9.6)<sup>594</sup>, habrá que estar a lo dispuesto en el **art. 5 CC**, en virtud del cual «si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha». Por tanto, el final del cómputo vendrá determinado de fecha a fecha. Particularmente polémica ha sido la cuestión del cómputo de los plazos en los delitos contra la Hacienda Pública<sup>595</sup>.

592. Véanse, entre otras, las SSTS de 6 de noviembre de 1991, 29 de julio de 1998 (caso Marey) y 21 de diciembre de 1999 (caso Roldán).

593. Véase, entre otros, OLAIZOLA NOGALES, «La prescripción del delito en supuestos de concursos de delitos», AP 1998, 741 ss.

594. Sobre semejanzas y diferencias entre ambas formas de computar los plazos, véase, entre otros, GÓMEZ DE LA ESCALERA, «El cómputo temporal en la duración de las penas y en la prescripción de las infracciones penales», ADPCP 1995, 465 ss.

595. Hasta la reforma del art. 64 de la Ley General Tributaria, en 1998, la prescripción de las infracciones tributarias era a los cinco años, con lo que no había problema, pues también el delito fiscal prescribía a los cinco años (art. 305.1 CP: prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía; art. 131.1 CP: plazo de prescripción, tanto antes como ahora, es de cinco años). Tras la reforma de aquella Ley, la prescripción para Hacienda es a los cuatro años. Ello plantea el problema de si los delitos contra la Hacienda Pública prescriben a los cuatro o a los cinco años. La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que deroga la anterior Ley de 1963, mantiene dicho plazo de prescripción de la deuda tributaria en cuatro años (art. 66).

La doctrina mayoritaria entiende que el delito fiscal prescribe a los cuatro años, porque a partir de los cuatro años la elusión del pago deja de ser típica. Prescrita la infracción tributaria, se convierte en imposible la lesión del bien jurídico. Si ni siquiera es perseguible como infracción administrativa, tampoco puede serlo, transcurrido dicho plazo, como infracción penal. E incluso aunque no se admitiese así, la prescripción de la infracción administrativa equivaldría a una regularización automática de la situación tributaria del contribuyente, con lo que constituiría una excusa absolutoria fundada en Derecho tributario, pero que afectaría al Derecho penal, reconducible analógicamente a la excusa del art. 305.3 CP.

La jurisprudencia, en cambio, opta de forma mayoritaria por considerar que los delitos contra la Hacienda Pública prescriben a los cinco años (entre otras, véanse las SSTS de 6 de noviembre de 2000, 10 y 30 de octubre de 2001, 15 de julio de 2002, 5 de diciembre de 2002, 21 de marzo de 2003, 3 y 30 de abril de 2003, y 28 de noviembre de 2003). Para

Sin embargo, el **apart. 2 del art. 132 CP** ha previsto la posibilidad de que dicho plazo se interrumpa, esto es, que se abra un nuevo período de tiempo durante el cual los plazos de prescripción no corren. Este período implica un comienzo y un final que también es preciso determinar.

Pero antes de aludir a estos momentos es preciso señalar que el art. 132.2 CP establece un verdadero plazo de interrupción de la prescripción, y no un mero

---

la jurisprudencia la prescripción administrativa no afecta a la pena, no hay atipicidad sobrevinida, no cabe la aplicación de la excusa absolutoria por analogía.

Véase al respecto, entre otros, ALONSO GONZÁLEZ, «Las sentencias del Tribunal Supremo de 10 octubre 2001 (RJ 2001/, 8554) y 30 octubre 2001 (PJ 2001, 9089), en materia de prescripción del delito fiscal», RdPP 7 (2002), 153 ss.; AYALA GÓMEZ, «Delito de defraudación tributaria y prescripción de la facultad de exigir el pago de a deuda», LH-Ruiz Antón (2004), 97 ss.; BAENA AGUILAR/CUGAT MAURI, «Efectos del nuevo plazo de prescripción de la deuda tributaria sobre el plazo de prescripción del delito fiscal: Comentario a la STSJ Cataluña 22-1-1999», RdPP 2 (1999), 159 ss.; BAJO FERNÁNDEZ, «La polémica prescripción del delito fiscal. (A propósito de la STS de 6 de noviembre de 2000)», AP 2001, 129 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, «Consumación y prescripción del delito fiscal», AP 2000, 219 ss.; «De nuevo sobre la incidencia del plazo de prescripción de la Ley del Contribuyente en el contenido de injusto o en la punibilidad del delito fiscal», AJA 464 (7 diciembre 2000); CÓRDOBA RODA, «Prescripción tributaria y delitos contra la Hacienda Pública», LL 1999-5, 1813 ss.; «El “Estatuto del contribuyente” y la prescripción de los delitos contra la Hacienda pública: un debate actual», RJCat 1999, 983 ss.; COTILLAS MOYA, «La prescripción del delito contra la Hacienda Pública», LL-Penal 9 (2004), 99 ss.; JAÉN VALLEJO, «Prescripción del delito fiscal», REPC 4-j3 (2002); MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «Prescripción del delito fiscal. (Al hilo de la STS, Sala 2ª, de 6 de noviembre de 2000)», AJA nº 466, 21 diciembre; PEDREIRA GONZÁLEZ, «Acerca de la prescripción del delito fiscal. (Comentario a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2001)», CPC 2001, 419 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, «La prescripción del delito fiscal. (Perspectiva desde la secundariedad del Derecho penal tributario)», AJA nº 470, 25 enero 2001; RUIZ RESCALVO, *La prescripción tributaria y el delito fiscal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004; SALAS DARROCHA/GARCÍA FERNÁNDEZ, «Prescripción cuatrienal de los delitos contra la Hacienda Pública», LL 2000-5, 1977 ss.; «Ley 1/1998 y prescripción del delito fiscal: una solución jurisprudencial cuestionable», LL 2003-3, 1676 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Delito fiscal, prescripción y determinación del hecho», AP 2002, 231 ss.; SERRANO GÓMEZ, «Prescripción de los delitos contra la Hacienda Pública», AP 2003, 1151 ss.; SILVA SÁNCHEZ/RAGUÉS I VALLÉS, «La determinación del hecho a efectos de prescripción del delito fiscal», AJA 507 (8 noviembre 2001); SOLA RECHE/CLAVIJO HERNÁNDEZ, «Delito fiscal y prescripción tributaria», en *Tribuna Fiscal* nº 101 (1999), 73 ss.; SOTO NIETO, «Prescripción del delito fiscal», LL 2002-1, 1858 ss.; «Prescripción del delito fiscal. Nueva aportación jurisprudencial», LL 2002-5, 1752 ss.; «De nuevo sobre la prescripción del delito fiscal. Consolidación de la doctrina jurisprudencial», LL 2003-4, 1833 ss.; «Nuevas reflexiones sobre la prescripción del delito fiscal», LL nº 6421, 14 febrero 2006.

plazo de suspensión de la misma, tras el cual el período de tiempo transcurrido volviese a contar. No se deja meramente en suspenso la prescripción, sino que se interrumpe, como claramente lo señala dicho apartado cuando establece que «la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido..., comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción...».

Hay que decir también que la cuestión de la interrupción de la prescripción es objeto de viva polémica. Con carácter general se puede decir que la jurisprudencia es más bien partidaria de ampliar el plazo de interrupción de la prescripción, lo cual redundaría en perjuicio del delincuente, mientras que la doctrina es más partidaria de realizar una interpretación restrictiva del art. 132.2 CP<sup>596</sup>.

1. El *momento inicial de la interrupción* viene determinado por la expresión «cuando el procedimiento se dirija contra el culpable» (art. 132.2 CP). Respecto de esta cuestión se discuten, además de otros aspectos, los dos siguientes. Por un lado, qué actividad procesal puede interrumpir la prescripción; y por otro lado, el grado de identificación de la persona contra la que se dirija la actividad procesal.

La actuación que interrumpa la prescripción tiene que estar vinculada con un procedimiento penal y que pueda además valorarse como de verdadera persecución del presunto culpable. La jurisprudencia, por ejemplo, ha considerado que no interrumpe el plazo de prescripción ni las indagaciones policiales (a no ser que hayan sido ordenadas por un juez), ni la presentación de la demanda de conciliación para posteriormente interponer la querrela por delito de calumnia o injuria (art. 804 LECr), ni el hecho de acudir a un juzgado o tribunal incompetentes. Excluidos estos supuestos, la elección del instante en que el procedimiento se considera «dirigido contra el culpable» ofrece un abanico de posibilidades que se sitúa en dos extremos: por un lado, la presentación ante el juzgado de instrucción de la denuncia o querrela; y por otro, la resolución del juez instructor declarando auto de procesamiento (procedimiento ordinario: art. 384 LECr) o de apertura de la fase intermedia (en el abreviado: art. 779 LECr). Aunque no faltan sentencias partidarias de una y otra opción, y también de soluciones intermedias, las últimas tendencias jurisprudenciales son desfavorables para los presuntos

596. Véase, entre otros, SERRANO GÓMEZ, *La prescripción del delito*, 39 ss., con ulteriores referencias a la doctrina y a la jurisprudencia.

culpables, pues se desecha tanto el acto formal de imputación por parte del juez, cuanto otras intermedias, como el auto de admisión a trámite de la querrela o denuncia, que, por cierto, es el criterio que predomina en la doctrina<sup>597</sup>. La jurisprudencia, en cambio, opta por fijar el momento de interrupción del plazo en el instante de la presentación de la denuncia o de la querrela en el Registro General de los Juzgados de Instrucción (SSTS de 27 marzo, 30 octubre 2001, 4 febrero, 28 noviembre 2003), con el único matiz restrictivo de que en aquéllas conste una mención expresa de quién es el imputado o, al menos, algún dato que pueda servir para su identificación, matiz que a su vez se ha excepcionado en los supuestos de criminalidad organizada<sup>598</sup> o practicada desde estructuras societarias complejas<sup>599</sup>. No obstante, el TC ha tenido ocasión recientemente de ocuparse de esta cuestión y considera que para entender interrumpido el plazo de prescripción del delito se exige, además de la denuncia o querrela, una actuación judicial (STC 63/2005, de 14 de marzo)<sup>600</sup>. En un sentido similar se ha pronunciado con posterioridad la STS de 19 mayo 2005<sup>601</sup>.

597. Véase, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, «¿Cuándo se interrumpe la prescripción del delito? A propósito del Fundamento de Derecho 1º de la sentencia AP Barcelona (Secc. 3ª) de 22 de enero de 1999», LL 1999-6, 1825 ss.

598. Véase, al respecto, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, «Prescripción de la acción penal y criminalidad organizada, ¿un modelo de excepción?», AJA 488 (31 mayo 2001), a propósito de la STC 70/2001, que confirmó la STS de 29 de julio de 1998 (caso Marey).

599. Véase a este respecto, RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Derecho penal figurativo, abstracto o surrealista? La prescripción y la estafa en el “Caso de los Albertos” (STS 14 de marzo de 2003)», AJA nº 597 (30 octubre 2003).

600. Véase sobre esta sentencia los comentarios de BACIGALUPO ZAPATER, «Problemas constitucionales de la prescripción de la acción penal. (Notas sobre la STC 63/2005)», LL 2005-3, 1744 ss.; BONMARTÍ ORTEGA, «La prescripción de los delitos», LL-Penal 20 (2005), 70 ss.; JAÉN VALLEJO, «Prescripción de la acción penal: interrupción del plazo», AJA nº 681 (15 septiembre 2005); JIMÉNEZ SEGADO, «Derechos fundamentales y prescripción penal», LL nº 6280 (23 junio 2005); RAGUÉS I VALLÈS, «La STC 63/2005: ¿una revolución en materia de prescripción penal?», LL nº 6269 (7 junio 2005); REY GONZÁLEZ, «La Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 de marzo, y la interrupción del plazo de prescripción: una sentencia esperada», LL 2005-4, 1385 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, «Inconstitucionalidad de algunas interrupciones del plazo de prescripción del delito. Comentario a la STC 63/2005, de 14 de marzo», AJA nº 669 (14 mayo 2005); SOTO NIETO, «Interrupción del plazo de prescripción de la acción penal», LL 2005-4, 1781 ss.

601. Véase el comentario a esta sentencia de SILVA SÁNCHEZ, «Sin novedad en el Tribunal Supremo: la interrupción de la prescripción del delito en la STS de 19 de mayo de 2005», AJA nº 678

El TS en un Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal, de 12 de mayo de 2005, ha considerado que la STC 63/2005 “insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la Constitución española, que establece que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales”.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado, en su Instrucción nº 5/2005, de 15 de junio, ordenó a los fiscales que transitoriamente, en las causas penales todavía en tramitación en las que la denuncia o querella se hubieran presentando con anterioridad a la finalización del plazo de prescripción, “los Sres. Fiscales deberán mantener la interpretación emanada de la jurisprudencia del TS conforme a la cual se ha producido la interrupción” del plazo de prescripción. Para los nuevos procesos “los Sres. Fiscales tendrán presente la nueva línea interpretativa introducida por el TS en orden a evitar apurar plazos, de manera que las denuncias y querellas se presenten con antelación suficiente para dar tiempo a que el órgano instructor pueda resolver sobre la admisión a trámite antes del agotamiento de los plazos de prescripción”.

2. El *momento final de la interrupción* se sitúa en el momento en que «se paralice el procedimiento o se termine sin condena». La determinación del día

---

(21 julio 2005), 7 ss., quien no obstante aventura a señalar que en el caso de que el auto de incoación de diligencias previas (que en el caso concreto fue uno de los que se suelen denominar como “ciclostilados”, es decir, un mero formulario que carece de referencia a los hechos, a precepto legal y a sujeto alguno) se hubiese pronunciado después del plazo de prescripción, la solución del TS hubiese sido la de que el momento de interrupción de la prescripción sería el de la interposición de la denuncia o querella (8).

Por otro lado, este autor considera que “la prescripción no se interrumpe con cualquier resolución judicial, sino que es preciso el inicio de una *actividad instructora con contenido sustantivo contra determinada persona*, que implique el comienzo del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado. Por ello no cabe estimar que *se dirija el procedimiento contra el culpable* antes de que el órgano instructor dicte una resolución con contenido material en la que se expresen los hechos objeto de la imputación y, de modo determinado o determinable, las personas a quienes éstos se imputan” (*ibidem*).

en que el procedimiento penal se paraliza no es una cuestión sencilla<sup>602</sup>. Más fácil es, en cambio, fijar el día en que el procedimiento termina sin condena. Se entiende que con ello se está aludiendo al sobreseimiento provisional del **art. 641 LECr**. Tanto el auto de sobreseimiento libre (art. 637 LECr) como la sentencia absolutoria de fondo producen plenos efectos de cosa juzgada, por lo que el sujeto no podría volver a ser juzgado. Por lo que se refiere a las causas de paralización del procedimiento, al no distinguirse por la ley entre las distintas causas, cualquier limitación en este sentido debería reputarse, además de contra reo, carente de base legal, por lo que en este caso existen un cierto consenso en la doctrina (no tanto en la jurisprudencia), en afirmar que la causa de la paralización resulta intrascendente para que el plazo de prescripción empiece a correr de nuevo. La creación de supuestas paralizaciones justificadas no puede aceptarse. La jurisprudencia ha precisado que la interrupción del plazo de prescripción sólo la producen aquellas resoluciones que ofrecen un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha y prosecución del procedimiento, en definitiva reveladoras de que la investigación avanza y se amplía... Únicamente cuando los actos procesales están dotados de auténtico contenido material, puede entenderse interrumpida la prescripción<sup>603</sup>. No constituyen tales actividades, por ser intrascendentes o inocuas, la expedición de testimonios, o certificaciones, personaciones, solicitud de pobreza, reposición de actuaciones, e incluso órdenes de busca y captura o requisitorias (STS de 8 de julio de 1998). No hubiera estado de más, y así se sugiere *de lege ferenda* por algún autor, que el art. 132.2 CP hubiese precisado los actos procesales concretos determinantes de la paralización del procedimiento, en la línea de otros Códigos Penales, como el suizo, el alemán, el italiano o el portugués.

602. Véase específicamente, aunque sea respecto del ACP, entre otros, GÓMEZ DE LA ESCALERA, «La prescripción del delito por paralización del procedimiento», LL 1993-1, 919 ss.

603. En la Junta General de la Sala Segunda del TS celebrada el día 29 de abril de 1997, se debatió e tema de la fecha desde la que se debía computar la paralización del procedimiento, y en concreto si debía ser la del auto de rebeldía dictado por el Instructor, o por el contrario el de la fecha de la resolución de la Audiencia ratificadora de la rebeldía, llegándose a la conclusión mayoritaria de que debía ser esta última fecha. Véase también la STS de 12 abril 1997.

### c) La prescripción de la pena y de la medida de seguridad

El **art. 130 CP** dispone que «la responsabilidad criminal se extingue: [...] 7º. Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad». La prescripción de la pena o de la medida de seguridad impide que por el transcurso de un prolongado período de tiempo desde el momento de la firmeza de una sentencia condenatoria o el instante de su quebrantamiento se ejecute la sanción impuesta.

Los plazos para la prescripción de la pena se encuentran recogidos en el **art. 133 CP**, y el **art. 134 CP** fija en *dies a quo* de dicha prescripción. La prescripción de la medida de seguridad se encuentra regulada en el **art. 135 CP**.

1. La prescripción de la pena se diferencia de la prescripción del delito en que aquélla comienza cuando termina ésta. En efecto, el **art. 133 CP** hace depender la prescripción de las penas de que hayan sido «impuestas por sentencia firme». Este requisito determina también que los plazos de prescripción de la pena sean mayores que los del delito, pues la culpabilidad del reo ya ha sido confirmada. O dicho de otro modo, la incertidumbre de la responsabilidad penal del presunto culpable hace que los plazos de prescripción de la infracción sean menores que los de la pena, pues en estos casos el reo ya ha sido condenado en sentencia firme.

Las penas tienen distintos plazos de prescripción en función de la clase de infracción cometida y de la duración de la pena impuesta. En virtud de estos criterios el **art. 133 CP** establece los siguientes plazos de prescripción:

Plazo de prescripción	Clase de pena
Imprescriptibles	Genocidio, de lesa humanidad, y contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado
30 años	Pena de prisión superior a 20 años
25 años	Pena de prisión de 15 o más años sin que exceda de 20
20 años	Pena de inhabilitación por más de 10 años y de prisión por más de 10 y menos de 15 años
15 años	Pena de inhabilitación por más de 6 años y que no excedan de 10, y de prisión por más de 5 años y que no excedan de 10

Plazo de prescripción	Clase de pena
10 años	Restantes penas graves
5 años	Penas menos graves
1 año	Penas leves

En relación con los supuestos de extinción de la responsabilidad penal por prescripción de la pena creo que se pueden hacer extensibles aquí la mayor parte de las consideraciones que hemos realizado más arriba para la prescripción de las infracciones. Sin embargo, la prescripción de las penas presenta algunas cuestiones propias y específicas de ella.

No se suelen plantear dudas acerca de que la pena a la que se refiere este precepto es la efectivamente impuesta en la sentencia a cada condenado. Sin embargo, se plantea la cuestión relativa a si el plazo de prescripción debe referirse a la pena impuesta en la sentencia condenatoria o a la que efectivamente tenga que cumplirse después de descontarse los períodos de prisión preventiva cumplidos y los indultos parciales que pudieran haberse otorgado. Parece que debe seguirse esta segunda opción<sup>604</sup>, pues esos períodos de tiempo equivalen a una parte de cumplimiento de la sanción, y por tanto, cabe entender que ha disminuido en proporción la necesidad de su cumplimiento. Idéntica solución debe seguirse para el caso de quebrantamiento de condena habiendo cumplido ya una parte de la sanción.

Según el **art. 134 CP**, «el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse».

Al no establecerse, como para la prescripción de las infracciones, la interrupción de la prescripción de la pena, pueden surgir algunos problemas interpretativos al respecto. Por ejemplo, si en los supuestos de suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad [*supra* § 13.1.a)], el transcurso del tiempo en que está en suspenso dicha pena, computa o no a efectos de prescripción. A este respecto existe un argumento legal que avala la

604. ÁLVAREZ GARCÍA, en RODRÍGUEZ RAMOS/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (coords.), *Código penal comentado*, Ed. Akal, Madrid, 1990, 304.

interpretación afirmativa y es que, para los supuestos de suspensión de la pena por trastorno mental grave que impida conocer el sentido de la pena, el **art. 60.2 CP** dispone que si el penado recobra la salud mental, «cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito», lo cual significa que el plazo de prescripción no ha dejado de correr durante la suspensión<sup>605</sup>. Lo mismo se podría decir para las suspensiones de los **arts. 4.4 y 80 ss. CP**<sup>606</sup>.

2. En cuanto a la prescripción de las medidas de seguridad, el **art. 135 CP** dispone, en su **apart. 1**, que «las medidas de seguridad prescribirán a los diez años, si fueran privativas de libertad superiores a tres años, y a los cinco años si fueran privativas de libertad iguales o inferiores a tres años o tuvieran otro contenido». Y las reglas de cómputo de estos plazos se establecen en los dos apartados siguientes. Según el **apart. 2 del art. 135 CP**, «el tiempo de la prescripción se computará desde el día en que haya

605. Este criterio lleva a la conclusión de que si se rechaza la refundición de penas de localización permanente y de prisión, “el cumplimiento de una pena de prisión superior al año conllevará la prescripción de la localización permanente” (MANZANARES SAMANIEGO, «La pena de localización permanente», LL-penal 25 (2006), 63].

606. Con respecto a los problemas que puede plantear la suspensión de la pena, creo que las dificultades no vienen sólo del lado de la prescripción, sino también del modo en que se interprete la expresión «que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal» del **art. 83.1 CP**. Si se interpreta, como hemos hecho [*supra* § 13.1.e).2], que además de que cometa el hecho es necesaria la sentencia firme que le condene en ese plazo, porque hasta que eso no se produzca no existe certeza absoluta de que haya cometido de forma punible ese delito, entonces habrá cumplido la hipótesis del **art. 85.2 CP**, cuya consecuencia es la remisión definitiva de la pena, y según lo establecido en el **art. 130.3º CP**, se habría extinguido la responsabilidad criminal, y ello con independencia de que luego prescriba o no la pena. La responsabilidad criminal ya habría quedado extinguida por la remisión definitiva de la pena.

En cualquier caso, la solución a la que obliga la ley en este punto puede resultar sorprendente, sin embargo, *de lege lata*, estoy de acuerdo con RAGUÉS I VALLÉS que en estos supuestos no se puede aplicar analógicamente las disposiciones previstas para la interrupción de la prescripción de las infracciones (*La prescripción penal*, 203). La única solución correcta no puede pasar más que por reformar la ley, en el sentido de introducir la interrupción del plazo de prescripción durante los períodos de suspensión de la pena. Entre tanto esta reforma no se produzca, el principio de legalidad obliga a interpretar que durante la suspensión de la pena el plazo de prescripción de la misma sigue corriendo.

quedado firme la resolución en la que se impuso la medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse». Sólo teniendo en cuenta lo dispuesto en el apart. 3 de este artículo se entiende que el «cumplimiento sucesivo» se refiere al cumplimiento de dos o más medidas de seguridad, porque el **apart. 3**, no sin cierta discordancia con el sistema vicarial imperante en nuestro ordenamiento, se refiere a «si el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de ésta». El **art. 99 CP** ordena que se cumpla primero la medida de seguridad, y luego la pena [*supra* § 2.3.d)].

## § 46. Inscripción y cancelación de antecedentes delictivos

### 1. La inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes

Si se quiere cumplir con lo previsto en el **art. 25.2 CE** en relación con la reinserción social del delincuente y de que el condenado sólo se vea privado de los derechos expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, parece lógico que, una vez cumplida la condena o que de cualquier otro modo se extinga la responsabilidad criminal, se remuevan todos los obstáculos que puedan impedir lo declarado tan solemnemente por la CE. Por este motivo, el **art. 73.2 LOGP** dispone también que «los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica» (*supra* § 40).

Sin embargo, la realidad es que *la pena sigue produciendo efectos, incluso más allá de su cumplimiento*. Los antecedentes penales, ahora denominados «delictivos» para dar entrada también a la medida de seguridad, pueden llegar a suponer un considerable gravamen para el ciudadano, ya que el no tenerlos es un requisito que se exige para ingresar en la Administración, para ejercer determinadas profesiones (la de abogado, por ejemplo), para

obtener un permiso de residencia temporal (art. 31 LO 4/2000), e incluso, también puede tener hasta consecuencias jurídico-penales. En efecto, la existencia de una previa condena, aunque ya se haya cumplido o se haya extinguido de otro modo la responsabilidad criminal, puede influir de diversas maneras en un posterior proceso penal, pues según dice el **art. 379 LECr**, «se traerán a la causa los antecedentes penales del procesado...». Los antecedentes penales se traen a la causa, porque influyen a la hora de obtener la *libertad provisional* (**art. 504 LECr**), en la propia *individualización de la pena*, como sucede con la agravante de reincidencia (**arts. 22.8ª y 66.1.5ª CP**) [*supra* § 24.4.b).δ)], o incluso en la *ejecución de la pena privativa de libertad* que pudiera imponerse, como ocurre con la suspensión (**arts. 80.1 y 81.1 CP**) [*supra* § 13.1.c)] o también con la sustitución (**arts. 88.1 y 94 CP**) [*supra* § 13.2.c)].

En atención a las consecuencias que pueda tener una condena anterior, se creó, ya en 1878, y en esto España fue pionera, un «Registro», que ahora se denomina «Registro Central de Penados y Rebeldes» y que depende del Ministerio de Justicia, en concreto, su gestión corresponde a la Subdirección General de Relaciones con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

Según el **art. 252 LECr**, los Tribunales remitirán directamente al Registro Central de Penados y Rebeldes, notas autorizadas de las sentencias firmes en las que se imponga alguna pena por delito y de los autos en que se declare la rebeldía de los procesados.

El Registro Central ha cumplido, y aún hoy sigue cumpliendo, dos funciones muy importantes: por un lado, una *función informativa* de los Tribunales, para que puedan aplicar las disposiciones que acabamos de mencionar, entre otras; pero por otro, cumple también una *función social*, a través de los certificados negativos de penales, que se exigen en diversos ámbitos de la vida social. No obstante, el Registro Central de Penados y Rebeldes no es un registro público. Sus inscripciones «no son públicas», según dispone el **art. 136.4 CP**, por lo que sólo pueden pedir los certificados de penales el propio interesado o sus representantes legales. No obstante sí «se librarán las [certificaciones] que soliciten los Jueces o Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se da, esta última circunstancia» (**art. 136.4 in fine CP**).

## 2. El derecho a la cancelación de los antecedentes delictivos

Para remediar el obstáculo que puede entrañar la existencia de antecedentes delictivos en la reinserción social delincuentes se ha previsto, en el Cap. II del Tít. VII del Lib. I, el **derecho a la cancelación de los mismos**<sup>607</sup>. El **art. 136.1 CP** ha establecido 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 sus antecedentes penales, previo informe del Juez o Tribunal sentenciador». Este informe se tiene que limitar únicamente a constatar si se dan los requisitos o no para la obtención de la cancelación de los antecedentes. Es más, el **art. 136.5 CP** ordena que «en los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, bien por solicitud del interesado, bien de oficio por el Ministerio de Justicia, ésta no se haya producido, el juez o tribunal, acreditadas tales circunstancias, ordenará la cancelación y no tendrá en cuenta dichos antecedentes»<sup>608</sup>.

«Para el reconocimiento de este derecho», el **art. 136.2 CP** ha condicionado dicha cancelación a la concurrencia de dos **requisitos**<sup>609</sup>:

607. Sobre ello, antes denominado «rehabilitación», véanse, entre otros, BAEZA AVALLONE, *La rehabilitación*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1983; «La rehabilitación (art. 118 del Código penal)», CLP t. V vol 1 (1985), 565 ss.; BUENO ARÚS, «La cancelación de los antecedentes delictivos en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal», RFDUCM monogr. 6 (1983), 137 ss.; CAMARGO HERNÁNDEZ, *La rehabilitación*, Ed. Bosch, Barcelona, 1960; GROSSO GALVÁN, *Los antecedentes penales: rehabilitación y control social*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983; «Los antecedentes delictivos: su cancelación tras la Ley de Reforma Parcial y Urgente del Código penal», DJ nº 37-40 (1983), 267 ss.

608. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha dado nueva redacción a estos dos apartados, sin embargo, la modificación afecta únicamente a la referencia al «Ministerio de Justicia», que antes era el «de Justicia e Interior». También ha modificado el apart. 2 de este artículo, cambiando la expresión «salvo que el reo hubiera venido a mejor fortuna», por la de «salvo que hubiera mejorado la situación económica del reo». Mayor trascendencia ha tenido la modificación del apart. 3, a la que luego aludiremos.

609. La tramitación de los expedientes de cancelación de antecedentes penales, véase también, en lo que no se oponga a lo dispuesto en el CP, el RD 2012/1983, de 28 de julio, sobre cancelación de antecedentes penales.

1º. «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». Se trata que de un requisito pensado para obtener, si todavía no se ha conseguido, la reparación del daño causado a la víctima. Pero no es un requisito «indispensable», como pudiera desprenderse del encabezamiento de este apartado, sino que la cancelación puede obtenerse aun sin haber satisfecho la responsabilidad civil: bien porque haya sido declarado insolvente durante el juicio, salvo que haya mejorado luego de fortuna; o bien, porque siendo solvente, sin embargo, se haya aplazado el pago en virtud de lo dispuesto en el art. 125 CP (*supra* § 41.4.1). En este caso «será suficiente que el reo se halle al corriente de los pagos fraccionados que le hubieran sido señalados por el juez o tribunal y preste, a juicio de éste, garantía suficiente con respecto a la cantidad aplazada» (**art. 136.2.1º in fine CP**).

2º. «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 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves».

El **apart. 3 del art. 136 CP** prevé las *reglas para el cómputo de estos plazos*. Con carácter general, «estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena». Pero para el supuesto de suspensión de la pena, se establece una regla específica.

Como ya hemos visto (*supra* § 45.3), «la remisión definitiva de la pena» extingue la responsabilidad criminal conforme a lo dispuesto en el **art. 130.3º CP**. Pues bien, la regla para la cancelación de los antecedentes en estos supuestos ha sido modificada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

En el momento de la aprobación del CP/1995 se había previsto, con el objetivo de remover un obstáculo más para conseguir la resocialización del delincuente, que la pena privativa de libertad suspendida no se inscribiese como las demás, sino en una Sección especial, «separada y reservada» del Registro Central de Penados y Rebeldes (art. 82 párr. 2º CP en la redacción originaria). Transcurrido el plazo de suspensión sin que el sujeto hubiese

delincuado, se ordenaba la cancelación de la inscripción hecha en esa Sección especial del Registro, disponiéndose además, que dicho antecedente penal no se tuviese en cuenta «a ningún efecto» (art. 85.2 CP en la redacción originaria).

La reforma de 2003, sin embargo, ha suprimido dicha Sección especial, pasando ahora a inscribirse las penas suspendidas como cualquier otra pena [*supra* § 13.1.d)]. Pero para que no resulte de peor condición en este punto aquel a quien se la ha suspendido la pena, que quien la cumple, se ha previsto que «el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio». Y a tal efecto se entiende que para el cómputo de la duración de la pena «se tomará como fecha inicial..., el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión».

A mi juicio, el cambio de regulación se ha visto endurecido, pero no tanto por los plazos, que en algunos supuestos puede resultar hasta más beneficioso, como por el régimen de la inscripción, puesto que ahora, aunque la pena se suspenda, da lugar a una inscripción como cualquier otra condena. Pongamos un ejemplo: El día 3 de marzo de 2005 adquirió firmeza una pena de prisión de 1 año. La ejecución de dicha pena se suspende el día 10 de marzo de 2005, fijándose un plazo de suspensión de 3 años. Según la anterior normativa, el reo tendría derecho a la cancelación de los antecedentes el día 11 de marzo de 2008 (art. 85.2 CP en la redacción originaria). Con la nueva regulación, el reo tendría derecho a la cancelación de los antecedentes también el día 11 de marzo de 2008 (el día 10 de marzo de 2005, en vez de suspenderla, se ordena el ingreso inmediato en prisión, transcurrido un año de prisión se suma el plazo para la cancelación, que como no excede de 12 meses sería de 2 años; total: también 3 años). Sin embargo, al haber desaparecido la Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes en que se inscribían las penas suspendidas, ahora éstas se inscriben como cualquier otra y constarán en las certificaciones oportunas que a cualquier efecto se soliciten. Antes, en cambio, a la Sección especial (separada y reservada) sólo podían pedir antecedentes los Jueces y Tribunales.

Por otra parte, se ha dicho, con razón, que bajo la anterior regulación resultaba más beneficioso, a efectos de la cancelación de antecedentes pe-

nales y así poder opositar, ejercer la abogacía, etc., haber sido condenado a una pena privativa de libertad de corta duración, pero suspendida, que a otra pena no privativa de libertad, como pueda ser una multa, pues ésta no se inscribía separadamente, sino como cualquier otra pena.

### 3. La cancelación de la anotación de medidas de seguridad

El CP/1995 ha introducido, como novedad, que también consten en el Registro Central las condenas a inimputables, a quienes se han impuesto, no ya penas, sino sólo medidas de seguridad. Por eso, la rúbrica del Cap. II del Tít. VII se refiere a los antecedentes «delictivos», y no a la expresión tradicional de antecedentes «penales». Asimismo, paralelamente el Registro Central debería haber pasado a llamarse «de Condenados», más que «de Penados».

Según el **art. 137 CP**, «las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en este Código o en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida; mientras tanto, sólo figurarán en las certificaciones que el Registro expida con destino a Jueces o Tribunales o autoridades administrativas, en los casos establecidos por la Ley».

Dos características cabe destacar de esta cancelación: por un lado, la inmediatez («una vez cumplida o prescrita»); y por otro, la limitación en cuanto a su publicidad, ya que sólo figurarán en las certificaciones que se expidan para los Jueces o Tribunales o autoridades administrativas legalmente previstas.







